

FÖRSTAINSTANSRÄTTENS DOM (fjärde avdelningen i utökad sammansättning)
den 11 juli 2007^{*}

I mål T-170/06,

Alrosa Company Ltd, Mirny (Ryssland), företrätt av advokaterna R. Subiotto,
S. Mobley och K. Jones,

sökande,

mot

Europeiska gemenskapernas kommission, företrädd av F. Castillo de la Torre,
A. Whelan och R. Sauer, samtliga i egenskap av ombud,

svarande,

angående en talan om ogiltigförklaring av kommissionens beslut 2006/520/EG av den 22 februari 2006 om ett förfarande enligt artikel 82 [EG] och artikel 54 i EES-avtalet (ärende COMP/B-2/38.381 — De Beers) (EUT L 205, s. 24), enligt vilket De Beers åtaganden att upphöra med sina inköp av rådiamanter från Alrosa från och med år 2009, efter en period av stegvisa minskningar av inköpsvolymerna mellan åren 2006 och 2008, gjordes bindande och enligt vilket förfarandet avslutades med

^{*} Rättegångsspråk: engelska.

tillämpning av artikel 9 i rådets förordning (EG) nr 1/2003 om tillämpning av konkurrensreglerna i artiklarna 81 [EG] och 82 [EG] (EGT L 1, 2003, s. 1),

meddelar

FÖRSTAINSTANSRÄTTEN (fjärde avdelningen i utökad sammansättning)

sammansatt av ordföranden H. Legal samt domarna I. Wiszniewska-Białicka, V. Vadapalas, E. Moavero Milanesi och N. Wahl,

justitiesekreterare: handläggaren K. Pocheć,

efter det skriftliga förfarandet och förhandlingen den 19 april 2007,

följande

Dom

Tillämpliga bestämmelser och bakgrunden till tvisten

1. Tillämpliga bestämmelser

Förordning nr 1/2003

- ¹ Rådets förordning (EG) nr 1/2003 av den 16 december 2002 om tillämpning av konkurrensreglerna i artiklarna 81 [EG] och 82 [EG] (EGT L 1, 2003, s. 1) skall tillämpas från och med den 1 maj 2004.

2 I artikel 7.1 i förordning nr 1/2003 anges följande:

”Om kommissionen till följd av ett klagomål eller på eget initiativ konstaterar att bestämmelserna i artikel 81 eller artikel 82 i fördraget har överträtts, får den genom beslut ålägga de berörda företagen eller företagssammanslutningarna att upphöra med överträdelsen. För detta ändamål får kommissionen ålägga dem alla åtgärder som hänför sig till företagets agerande (beteendemässiga åtgärder) eller strukturella åtgärder som är proportionerliga mot överträdelsen och nödvändig[a] för att få denna att upphöra. Strukturella åtgärder får endast åläggas om det antingen inte finns någon lika effektiv beteendemässig åtgärd eller om en lika effektiv beteendemässig åtgärd skulle vara mer betungande för det berörda företaget än den strukturella åtgärden. Om kommissionen har ett berättigat intresse av det får den även konstatera att en överträdelse tidigare har ägt rum.”

3 Artikel 9 i förordning nr 1/2003 har följande lydelse:

”1. När kommissionen avser att fatta ett beslut om att en överträdelse skall upphöra och de berörda företagen erbjuder åtaganden för att undanröja de betänkligheter som kommissionen har delgivit dem i sin preliminära bedömning, får kommissionen genom beslut göra dessa åtaganden bindande för företagen. Ett sådant beslut får fattas för en bestämd period och skall fastställa att det inte längre finns skäl för kommissionen att ingripa.

2. Kommissionen får på begäran eller på eget initiativ ta upp förfarandet på nytt:

a) om de sakförhållanden som låg till grund för beslutet har ändrats i något väsentligt avseende,

b) om de berörda företagen åsidosätter sina åtaganden, eller

c) om beslutet grundar sig på ofullständiga, oriktiga eller vilseledande uppgifter som parterna har lämnat.”

4 I artikel 27 i förordning nr 1/2003 föreskrivs följande:

”1. Innan kommissionen fattar beslut enligt artiklarna 7, 8, 23 och 24.2 skall den ge de företag eller företagssammanslutningar som omfattas av det förfarande som kommissionen inlett tillfälle att yttra sig över kommissionens invändningar. Kommissionen skall grunda sina beslut endast på invändningar som de berörda parterna har fått tillfälle att yttra sig över. ...

2. Berörda parter rätt till försvar skall iakttas fullt ut under förfarandet. De skall ha rätt att få tillgång till kommissionens handlingar i ärendet, med förbehåll för företagens berättigade intresse av att deras affärshemligheter skyddas. ...

3. Om kommissionen anser det nödvändigt får den också höra andra fysiska eller juridiska personer. En begäran från sådana personer om att bli hörda skall bifallas, om de kan påvisa ett tillräckligt intresse i saken. ...

4. Om kommissionen avser att anta ett beslut enligt artikel 9 eller artikel 10 skall den offentliggöra en kort sammanfattning av fallet och huvuddragen i åtagandena eller det föreslagna förfarandet. Berörda tredje män får lägga fram sina synpunkter inom en tidsfrist som kommissionen fastställer vid offentliggörandet och som inte får understiga en månad. Offentliggörandet skall beakta företagens berättigade intresse av att skydda sina affärshemligheter.”

Förordning nr 773/2004

5 Kommissionens förordning (EG) nr 773/2004 av den 7 april 2004 om kommissionens förfaranden enligt artiklarna 81 [EG] och 82 [EG] (EUT L 123, s. 18) antogs med stöd av artikel 33 i förordning nr 1/2003. Förordningen trädde i kraft den 1 maj 2004.

6 I artikel 10 i förordning nr 773/2004 föreskrivs bland annat följande:

”1. Kommissionen skall underrätta de berörda parterna skriftligen om de invändningar som riktas mot dem. Meddelandet om invändningar skall delges var och en av dem.

2. När kommissionen delger de berörda parterna meddelandet om invändningar skall den fastställa en tidsfrist inom vilken dessa parter får framföra synpunkter skriftligen. Kommissionen skall inte vara skyldig att beakta skriftliga synpunkter som inkommer efter det att tidsfristen löpt ut.

...”

7 Artikel 15.1 i förordning nr 773/2004 har följande lydelse:

”På begäran skall kommissionen bevilja de parter till vilka den har riktat ett meddelande om invändningar tillgång till handlingar i ärendet. Tillgång till handlingar skall beviljas efter delgivningen av meddelandet om invändningar.”

2. Bakgrund

8 Sökanden, Alrosa Company Ltd (nedan kallat Alrosa), är ett bolag som är etablerat i Mirny (Ryssland). Det bedriver bland annat verksamhet i form av produktion och leverans av rådiamanter, och innehar en andraplacering på världsmarknaden. Bolaget är framför allt verksamt i Ryssland, där det bedriver verksamhet i form av utforskning, utvinning, värdering och försäljning. Bolagets verksamhet inbegriper även smycken.

9 De Beers SA är ett bolag som är etablerat i Luxemburg (Luxemburg). De Beers-koncernen, inom vilken bolaget utgör det huvudsakliga holdingbolaget, är också verksam på världsmarknaden för produktion och leverans av rådiamanter, och utgör där den största leverantören. Koncernen bedriver verksamhet i Sydafrika, Botswana, Namibia och Tanzania samt även i Förenade kungariket. I dessa länder bedriver koncernen verksamhet i form av utforskning, utvinning, värdering, försäljning och tillverkning, och verksamheten inbegriper även smycken. Koncernens verksamhet omfattar således hela diamantkedjan.

10 Den 5 mars 2002 anmälde Alrosa och De Beers ett avtal till kommissionen som ingåtts den 17 december 2001 mellan Alrosa och två dotterbolag i De Beers-koncernen, City and West East Limited och De Beers Centenary AG (nedan kallat det anmälda avtalet), i syfte att erhålla ett icke-ingripandebesked eller ett beslut om undantag i enlighet med rådets förordning nr 17 av den 6 februari 1962, första förordningen om tillämpning av artiklarna [81 EG] och [82 EG] (EGT 13, 1962, s. 204; svensk specialutgåva, område 8, volym 1, s. 8).

- 11 Detta avtal, vilket ingåtts inom ramen för långvariga handelsförbindelser mellan Alrosa och De Beers, avsåg i huvudsak leveranser av rådiamanter.
- 12 Avtalet ingicks för en period av fem år från och med dagen för kommissionens bekräftelse till kontraktsparterna att "avtalet inte innebär ett åsidosättande av artikel 81.1 EG eller att parterna beviljas undantag enligt 81.3 EG, samt inte i övrigt innebär ett åsidosättande av artikel 82 EG", såsom följer av artikel 12 i avtalet.
- 13 Under denna period åtog sig Alrosa att sälja rådiamanter som producerats i Ryssland till De Beers, till ett värde av högst 800 miljoner USD per år. De Beers åtog sig att köpa dessa diamanter från Alrosa i enlighet med artikel 2.1.1 i det anmälda avtalet. Under det fjärde och femte året av det anmälda avtalets löptid hade Alrosa emellertid rätt enligt artikel 2.1.2 i nämnda avtal minska detta belopp till 700 miljoner USD. Det belopp på 800 miljoner USD, som fastställts i enlighet med de priser som gällde den dag då det anmälda avtalet ingicks, motsvarade ungefär hälften av Alrosas årsproduktion och hela den produktion som exporterades utanför Oberoende staters samvælde (OSS).
- 14 Den 14 januari 2003 riktade kommissionen ett meddelande om invändningar till Alrosa och De Beers i ärende COMP/E-3/38.381, och gjorde därvid gällande att det anmälda avtalet kunde utgöra ett konkurrensbegränsande avtal i strid med artikel 81.1 EG och att det inte kunde undantas i enlighet med artikel 81.3 EG. Samma dag riktade kommissionen även ett separat meddelande om invändningar till De Beers i ärende COMP/E-2/38.381, och gjorde gällande att avtalet kunde utgöra missbruk av en dominerande ställning i strid med artikel 82 EG.

- 15 Den 31 mars 2003 ingav sökanden och De Beers ett gemensamt skriftligt yttrande till kommissionen som svar på meddelandet om invändningar i ärende COMP/E-3/38.381.
- 16 Den 1 juli 2003 riktade kommissionen ett tillägg till meddelandet om invändningar till sökanden och De Beers och anförde att det anmälda avtalet även kunde utgöra ett konkurrensbegränsande avtal i strid med artikel 53.1 i avtalet om Europeiska ekonomiska samarbetsområdet (EES) och att det inte kunde undantas i enlighet med artikel 53.3 i EES-avtalet. Samma dag riktade kommissionen ett tillägg till meddelandet om invändningar till De Beers och anförde att det anmälda avtalet även kunde utgöra missbruk av en dominerande ställning enligt artikel 54 i EES-avtalet.
- 17 Den 7 juli 2003 framförde sökanden och De Beers muntliga yttranden till kommissionen.
- 18 Den 12 september 2003 föreslog sökanden åtaganden i form av en stegvis minskning av den mängd rådiamanter som skulle säljas till De Beers från och med det sjätte året av det anmälda avtalets löptid, samt ett åtagande att från år 2013 inte längre sälja rådiamanter till De Beers. Sökanden återkallade senare dessa åtaganden.
- 19 Den 14 december 2004 inkom sökanden och De Beers med gemensamma åtaganden (nedan kallade de gemensamma åtagandena) som syftade till att undanröja de betänkligheter som kommissionen delgett dem. Dessa gemensamma åtaganden innebar en stegvis minskning av Alrosas försäljning av rådiamanter till De Beers. Försäljningsvärdet skulle minska från 700 miljoner USD år 2005 till 275 miljoner USD år 2010, och därefter ligga kvar på denna nivå.

- 20 Den 3 juni 2005 offentliggjordes ett ”meddelande ... i ärende COMP/E-2/38.381 — De Beers-Alrosa” i *Europeiska unionens officiella tidning* (EUT C 136, s. 32, nedan kallat det sammanfattande meddelandet). I detta meddelande angav kommissionen att den i samband med kommissionens undersökning i enlighet med artiklarna 81 EG och 82 EG samt artiklarna 53 och 54 i EES-avtalet mottagit åtaganden från Alrosa och De Beers (punkt 1) samt lämnande en sammanfattning av ärendet (punkterna 3–10) och beskrev de åtaganden som föreslagits (punkterna 11–15). Kommissionen uppmanade också berörda tredje parter att inkomma med synpunkter inom en månad från offentliggörandet av meddelandet (punkterna 2 och 17), samt angav att den hade för avsikt att, beroende på resultatet av denna marknadsundersökning, fatta ett beslut om att göra de föreslagna åtagandena bindande för företagen (punkterna 2 och 16).
- 21 Med anledning av detta offentliggörande inkom 21 berörda tredje parter med synpunkter till kommissionen. Kommissionen informerade Alrosa och De Beers om dessa synpunkter den 27 oktober 2005. Vid detta sammanträde anmodade kommissionen även dessa parter att före november 2005 inkomma med nya åtaganden som skulle vara avsedda att leda till ett fullständigt avbrytande av deras handelsförbindelser från år 2009.
- 22 Den 25 januari 2006 inkom De Beers med enskilda åtaganden (nedan kallade De Beers enskilda åtaganden) som var avsedda att besvara de farhågor som kommissionen hade uttryckt mot bakgrund av resultatet av marknadsundersökningen. Genom De Beers enskilda åtaganden skulle det ske en gradvis minskning av Alrosas försäljning av rådiamanter till De Beers, varvid försäljningsvärdet skulle minska från 600 miljoner USD år 2006 till 400 miljoner USD år 2008. Därefter skulle försäljningen upphöra.
- 23 Den 26 januari 2006 tillsände kommissionen sökanden ett utdrag av De Beers enskilda åtaganden och uppmanade sökanden att inkomma med sina synpunkter angående dessa. Kommissionen bifogade också en kopia av den icke-konfidentiella versionen av de synpunkter som erhållits från tredje parter.

- 24 Härefter ägde skriftväxling mellan sökanden och kommissionen rum angående vissa aspekter på förfarandet enligt artikel 9 i förordning nr 1/2003 och deras betydelse i det aktuella ärendet. Framför allt rörde skriftväxlingen frågan om tillgång till handlingarna i ärendet och i synnerhet tillgången till de icke-konfidentiella versionerna av de yttranden som lämnats av berörda tredje parter, samt även frågan om rätten till försvar och särskilt rätten att yttra sig. Vidare inkom sökanden med yttranden i en skrivelse av den 6 februari 2006 angående De Beers enskilda åtaganden samt angående de yttranden som inkommit från tredje parter.
- 25 Den 22 februari 2006 antog kommissionen beslut 2006/520/EG om ett förfarande enligt artikel 82 [EG] och artikel 54 i EES-avtalet (ärende COMP/B-2/38.381 — De Beers) (EUT L 205, s. 24) (nedan kallat beslutet).
- 26 I artikel 1 i beslutet anges att ”de åtaganden som anges i bilagan är bindande för De Beers”, och i artikel 2 anges att ”förfarandet i förevarande ärende är avslutat”.

Förfarandet och parternas yrkanden

- 27 Genom ansökan som ingavs till förstainstansrättens kansli den 29 juni 2006 väckte Alrosa förevarande talan.
- 28 I en särskild handling som ingavs till förstainstansrättens kansli samma dag begärde sökanden att förstainstansrätten skulle handlägga målet skyndsamt i enlighet med artikel 76a.1 i förstainstansrättens rättegångsregler.

- 29 Den 16 augusti 2006 inkom kommissionen med sitt svaromål.
- 30 Efter att ha hört kommissionens synpunkter biföll förstainstansrätten (fjärde avdelningen), i beslut av den 14 september 2006, sökandens begäran om skyndsam handläggning, med hänsyn till målets brådskande art och omständigheterna i övrigt.
- 31 I skrivelse av den 28 september 2006 begärde förstainstansrätten (fjärde avdelningen) att kommissionen, i enlighet med artikel 49 och artikel 64 i rättegångsreglerna, skulle inge de meddelanden om invändningar som skickats till De Beers den 14 januari och den 1 juli 2003 i enlighet med artikel 82 EG och artikel 54 i EES-avtalet. Kommissionen efterkom denna åtgärd för processledning inom den föreskrivna tiden.
- 32 Efter att ha hört parterna, hänsköt förstainstansrätten genom beslut av den 9 oktober 2006 målet till den fjärde avdelningen i utökad sammansättning med stöd av artikel 14.1 och artikel 51.1 i rättegångsreglerna.
- 33 Parterna utvecklade sin talan och svarade på förstainstansrättens frågor vid förhandlingen den 19 april 2007.
- 34 Alrosa har yrkat att förstainstansrätten skall

— ogiltigförklara beslutet, och

— förplikta kommissionen att ersätta rättegångskostnaderna.

35

Kommissionen har yrkat att förstainstansrätten skall

— ogilla talan, och

— förplikta Alrosa att ersätta rättegångskostnaderna.

Rättslig bedömning

1. *Upptagande till sakprövning*

36

Kommissionen har inte ifrågasatt att talan kan upptas till sakprövning eftersom den grundas på det förhållandet att sökanden berörs personligen och direkt av det ifrågasatta beslutet. Kommissionen har emellertid samtidigt påpekat att artikel 82 EG och artikel 54 i EES-avtalet enbart kan tillämpas på företag som har en dominerande ställning, vilket inte är fallet beträffande Alrosa, och att Alrosa därför inte kan utgöra en part som berörs av det förfarande som ledde fram till antagandet av det ifrågasatta beslutet och att Alrosa inte heller kan vara mottagare av detta beslut.

37

Eftersom frågan huruvida en talan kan upptas till sakprövning utgör tvingande rätt, skall förstainstansrätten på eget initiativ pröva denna fråga i enlighet med artikel 113 i rättegångsreglerna (domstolens dom av den 24 mars 1993 i mål C-313/90, CIRFS m.fl. mot kommissionen, REG 1993, s. I-1125, punkt 23; svensk specialutgåva, volym 14, s. I-83).

- 38 Eftersom det ifrågasatta beslutet inte är riktat till sökanden, är det nödvändigt att fastställa huruvida beslutet berör sökanden direkt och personligen i den mening som avses i artikel 230 fjärde stycket EG.
- 39 I förevarande fall har De Beers enskilda åtaganden, att begränsa sina inköp från Alrosa till en viss mängd rådiamanter från år 2006 till år 2008 och att efter 2009 inte direkt eller indirekt köpa rådiamanter från Alrosa, gjorts bindande genom det ifrågasatta beslutet, med tillämpning av artikel 9.1 i förordning nr 1/2003. Eftersom beslutet innebär en begränsning av De Beers möjligheter att erhålla leveranser av rådiamanter från Alrosa, har beslutet en direkt och omedelbar inverkan på Alrosas rättsliga situation. Sökanden berörs således direkt av beslutet.
- 40 Sökanden berörs även personligen av beslutet med hänsyn till att det antogs efter ett förfarande i vilket bolaget på ett avgörande sätt hade deltagit. Beslutet hänvisar uttryckligen till Alrosa, det syftar till att undanröja den handelsförbindelse som under anseilig tid förelegat mellan Alrosa och De Beers och det är ägnat att ha en väsentlig inverkan på Alrosas konkurrensmässiga ställning på marknaden för leverans och produktion av rådiamanter (se, för ett liknande resonemang, dom av den 31 mars 1998 i de förenade målen C-68/94 och C-30/95, Frankrike m.fl. mot kommissionen, REG 1998, s. I-1375, punkterna 54–56).
- 41 Sökandens talan, som avser att ifrågasätta lagenligheten av beslutet, kan således upptas till prövning med stöd av artikel 230 fjärde stycket EG.

2. *Prövning i sak*

- 42 De argument som sökanden har åberopat till stöd för sin ansökan kan delas in i tre rättsliga grunder. I den första grunden görs gällande att bolagets rätt att yttra sig

åsidossattes. I den andra grunden görs gällande att förbudet i artikel 9 i förordning nr 1/2003 att göra åtaganden bindande mot ett berört företag som det inte frivilligt har föreslagit, under en period som dessutom inte är tidsbestämd, inte beaktades i det ifrågasatta beslutet, och den tredje grunden hänför sig till att de tvingande åtagandena var alltför långtgående, vilket strider mot artikel 9 i förordning nr 1/2003, artikel 82 EG samt avtalsfriheten och proportionalitetsprincipen.

- 43 Med hänsyn till omständigheterna i målet skall förstainstansrätten först pröva den andra och den tredje grunden gemensamt.

Grunder i vilka det görs gällande att artikel 9 i förordning nr 1/2003, artikel 82 EG samt avtalsfriheten och proportionalitetsprincipen har åsidossatts

Parternas argument

- 44 Sökanden har för det första gjort gällande att artikel 9 i förordning nr 1/2003 åsidossattes i det ifrågasatta beslutet, eftersom endast de åtaganden som föreslagits av ett av de två berörda företagen gjordes bindande, nämligen De Beers enskilda åtaganden, och detta gällde för en obestämd tidsperiod.
- 45 Första meningen i artikel 9 i förordning nr 1/2003 innebär en möjlighet för kommissionen och det företag eller de företag som är berörda av ett förfarande enligt konkurrensbestämmelserna att nå en lösning som är ömsesidigt gynnsam. I enlighet med systematiken i denna artikel kan kommissionen, när flera företag är berörda och

gemensamt föreslår åtaganden för kommissionen, endast godta och göra bindande de gemensamma åtagandena och inte de åtaganden som de enskilda företagen föreslår. I förevarande fall borde sökanden anses utgöra ett berört företag. Kommissionen hade således inte rätt att göra De Beers enskilda åtaganden bindande.

46 Vidare följer det av den andra meningen i artikel 9 i förordningen att kommissionen, när den beslutar att göra åtaganden bindande, är skyldig att endast fatta beslut för en bestämd period. Beslutet hade emellertid antagits för en obestämd tidsperiod.

47 Sökanden har även hävdatt att beslutet gör alla leveranser av rådiamanter från Alrosa till De Beers omöjliga, vilket gäller såväl i absoluta termer som för en potentiellt obegränsad tidsperiod. Beslutet strider därmed mot artikel 9 i förordning nr 1/2003, artikel 82 EG och avtalsfriheten.

48 Sökanden har i detta avseende för det första gjort gällande att beslutet är behäftat med en felaktig rättstillämpning eftersom det medför ett förbud mot ett lagenligt handlande, vilket dessutom gäller för en obestämd tidsperiod.

49 Principen om fri marknadsekonomi och fri konkurrens enligt artikel 4.1 EG samt principen om avtalsfrihet, som följer av medlemsstaternas lagstiftning och som redan har erkänts i gemenskapsrätten, är av grundläggande betydelse för gemenskapens rättsordning (förstainstansrättens dom av den 26 oktober 2000 i mål T-41/96, Bayer mot kommissionen, REG 2000, s. II-3383, punkt 180, se även, för ett liknande resonemang, generaladvokaten S. Rozès förslag till avgörande inför dom av den 11 oktober 1983 i mål 210/81, Schmidt mot kommissionen, REG 1983, s. 3045, 3072, och generaladvokaten F. Jacobs förslag till avgörande inför dom av den 26 november 1998 i mål C-7/97, Bronner, REG 1998, s. I-7794, punkt 56).

- 50 En tillämpning av gemenskapens konkurrensregler måste således beakta dessa principer. I synnerhet artikel 82 EG, som riktar sig mot ett visst rättsstridigt beteende, kan inte tolkas så att det helt enkelt blir olagligt att ingå avtal om försäljning eller köp av produkter enbart på den grunden att en av parterna innehar en dominerande ställning.
- 51 I förevarande fall innebär det ifrågasatta beslutet att Alrosa och De Beers fråntas all frihet att ingå avtal, inklusive avtal som ingås ad hoc, enbart på den grunden att De Beers innehar en dominerande ställning på marknader i efterföljande led i förhållande till marknaden för leverans av rådiamanter. Beslutet innebär att De Beers bojkott av Alrosa från och med år 2009 legaliseras. Denna situation, för vilken det saknas tidigare praxis, är desto mer anmärkningsvärd som det anmälda avtalet ursprungligen inte omfattade mer än 50 procent av Alrosas årsproduktion av rådiamanter och tio procent av den årliga försäljningen på världsmarknaden, och sedan, enligt de gemensamt föreslagna åtagandena, 18 procent av Alrosas årsproduktion och 3,6 procent av den årliga försäljningen på världsmarknaden.
- 52 Sökanden har vidare hävdatt att beslutet innehåller en uppenbart oriktig bedömning eftersom de betänkligheter som kommissionen uttryckt beträffande det anmälda avtalet inte på något sätt motiverade en inskränkning av bolagets avtalsfrihet.
- 53 Kommissionens främsta farhågor i den preliminära bedömningen av det anmälda avtalet i enlighet med artikel 82 EG och artikel 54 i EES-avtalet var att de exklusiva inköpsåtaganden som gjorts i avtalet skulle leda till att De Beers ställning på marknaden stärktes genom att Alrosa uteslöts från marknaden för leverans av rådiamanter, och att andra köpare således inte skulle få tillgång till den väsentliga försörjningskälla som Alrosa utgjorde.
- 54 I ett sådant fall skulle det enligt rättspraxis (domstolens dom av den 13 februari 1979 i mål 85/76, Hoffmann-La Roche mot kommissionen, REG 1979, s. 461, punkt 89, svensk specialutgåva, volym 4, s. 315, och förstainstansrättens dom av den

23 oktober 2003 i mål T-65/98, Van den Bergh Foods mot kommissionen, REG 2003, s. II-4653, punkterna 80, 81 och 160) ha varit nödvändigt att i detalj bedöma verkan av den avskärmning som De Beers handlande gav upphov till. Behovet av en sådan bedömning var desto större, eftersom kommissionen och gemenskapsdomstolarna ännu inte hade haft tillfälle att pröva huruvida ett exklusivt inköpsåtagande som omfattar en dominerande inköpare är rättsenligt enligt artikel 82 EG.

55 I förevarande fall hade det varit lämpligt att ändra det anmälda avtalet i den mån det var nödvändigt för att minska avskärmningseffekten, och det var omotiverat att undanröja alla möjligheter för Alrosa att ingå ett avtal med De Beers.

56 Slutligen har sökanden gjort gällande att beslutet i sig har en konkurrensbegränsande inverkan. För det första innebär beslutet att bolaget nekas tillgång till den största köparen på marknaden, vilket innebär en risk för att dess produktion minskar eftersom det inte kan garanteras att bolaget kommer att hitta alternativa köpare till motsvarande priser. För det andra nekas De Beers tillgång till Alrosas produktion, vilket gör det möjligt för andra köpare att skaffa sig en starkare ställning på marknaden i sina förhandlingar med Alrosa och att därvid kunna skapa konstlade priser.

57 Beslutet innebär även ett åsidosättande av artikel 9 i förordning nr 1/2003, artikel 82 EG och proportionalitetsprincipen.

58 Sökanden har i detta hänseende inledningsvis påpekat att enligt proportionalitetsprincipen, som följer av artikel 5 tredje stycket EG, skall gemenskapen inte vidta någon åtgärd som går utöver vad som är nödvändigt för att uppnå målen i fördraget. För att vara lagenligt kräver således domstolen att ett förbud för en ekonomisk verksamhet uppfyller villkoret att förbudsåtgärden skall vara ändamålsenlig och nödvändig för att uppnå de legitima mål som eftersträvas med den ifrågavarande bestämmelsen.

När det finns ett val mellan flera olika lämpliga åtgärder skall den åtgärd väljas som är minst betungande, och de olägenheter som vållas får inte vara orimliga i förhållande till de eftersträlvade målen (domstolens dom av den 13 november 1990 i mål C-331/88, Fedesa m.fl., REG 1990, s. I-4023, punkt 13, och av den 6 april 1995 i de förenade målen C-241/91 P och C-242/91 P, RTE och ITP mot kommissionen, REG 1995, s. I-743, punkt 93).

59 Sökanden anser vidare att denna princip är tillämplig på beslut som kommissionen fattar med stöd av artikel 9 i förordning nr 1/2003. Kommissionens behörighet enligt förordning nr 1/2003 skall nämligen hänföras till kommissionens skyldighet att säkerställa tillämpningen av de principer som fastställts i artiklarna 81 EG och 82 EG. Kommissionen får således inte utöva denna behörighet på ett sätt som går utöver vad som är nödvändigt för att säkerställa att konkurrensen inte snedvrids på den gemensamma marknaden.

60 Det saknas härvid betydelse att de åtaganden som kommissionen har gjort bindande ursprungligen hade föreslagits av de berörda företagen och att deras förslag eventuellt gick längre än vad som var nödvändigt för att följa artiklarna 81 EG och 82 EG. Det är nämligen bara i syfte att undanröja de betänkligheter som kommissionen under rättat företagen om som de berörda företagen föreslår åtaganden. De åtaganden som kommissionen slutligen anser är nödvändiga måste således fortfarande vara ägnade att undanröja de betänkligheter som uttryckts i den preliminära bedömningen utan att gå utöver vad som är ändamålsenligt, nödvändigt och innebär minsta möjliga inskränkning för att säkerställa efterlevnaden av gemenskapens konkurrensregler. Dessa krav skall i vart fall iakttas när de åtaganden som gjorts bindande, såsom i förvarande fall, sannolikt kommer att ha en ogynnsam inverkan på en av de inblandade parterna.

61 Sökanden anser slutligen att beslutet innebär ett åsidosättande av proportionalitetsprincipen.

62 För det första anser Alrosa att beslutet inte är nödvändigt för att uppnå målet att förhindra missbruk av en dominerande ställning i enlighet med artikel 82 EG. De gemensamma åtaganden som erbjöds kommissionen skulle nämligen ha minskat den andel av Alrosas årsproduktion som var avsedd för De Beers från 50 procent år 2005 till 18 procent år 2010 och framåt, på grundval av de priser som gällde när det anmälda avtalet ingicks, och i verkligheten hade andelen därefter blivit ännu lägre med beaktande av Alrosas förväntade produktionsökning samt den förväntade ökningen av priset på rådiamanter. Kommissionen har i tidigare beslut angående leverantörer med en dominerande ställning i allmänhet ansett att en 50-procentig andel var tillräcklig, och i förevarande fall hade en andel som ligger väsentligt under 50 procent varit tillräckligt.

63 För det andra medför beslutet nackdelar som är oproportionerliga i förhållande till det i artikel 82 EG eftersträfvade målet att säkerställa att konkurrensen inte snedvrids. Beslutet undanröjer nämligen helt den möjlighet som Alrosa tidigare hade att ingå avtal med De Beers. Mot bakgrund av de betänkligheter som kommissionen uttryckte beträffande risken för en avskärmning av marknaden, skulle det ha varit tillräckligt, med beaktande av den faktiska betydelsen av denna risk, att ändra det anmälda avtalet på det sätt som föreslagits i de gemensamma åtagandena och följaktligen begränsa den andel av Alrosas årsproduktion och den andel av världsproduktionen som var avsedd för De Beers till 18 procent respektive 3,6 procent av marknaden. Kommissionen underlät emellertid att i beslutet ange varför denna mindre ingripande möjlighet som föreslagits av de berörda företagen inte kunde godtas.

64 För det tredje medför det oproportionella beslutet en diskriminering till nackdel för Alrosa med hänsyn till att övriga säljare fortfarande fritt kan leverera sina rådiamanter till De Beers, och detta i en mängd som, räknat som en procentandel av världsproduktionen, är lika med eller större än de 3,6 procent som fastställts i det anmälda avtalet, såsom det ändrats genom de gemensamma åtagandena.

65 Kommissionen har gjort gällande att det saknas stöd för de av sökanden anförda grunderna.

66 Kommissionen anser för det första att begreppet berörda företag som anges i första meningen i artikel 9 i förordning nr 1/2003 — på samma sätt som begreppet berörda företag som anges i andra bestämmelser i denna förordning — hänvisar till den person eller de personer mot vilken eller vilka förfarandet har inletts, det vill säga personer som kan hållas ansvariga för ett avtal eller ett samordnat förfarande enligt artikel 81 EG och artikel 53 i EES-avtalet eller för missbruk av en dominerande ställning i den mening som avses i artikel 82 EG och artikel 54 i EES-avtalet. I förevarande fall var De Beers det enda företaget som berördes av det förfarande som inletts enligt bestämmelserna om missbruk av dominerande ställning. Följaktligen var det endast De Beers som i detta sammanhang kunde föreslå åtaganden vilka kommissionen kunde göra bindande.

67 Dessutom kan lydelsen av den andra meningen i artikel 9 i förordning nr 1/2003 endast tolkas så att kommissionen har behörighet, men inte en skyldighet, att fatta beslut för en bestämd period.

68 Kommissionen har även gjort gällande att beslutet inte innebär ett åsidosättande av avtalsfriheten. Kommissionen anser därvid att det är fel att hävda att beslutet innebär ett förbud mot att vidta en lagenlig handling.

69 Avtalsfriheten inskränks genom förbudet mot konkurrensbegränsande förfaranden i artiklarna 81 EG och 82 EG. I förevarande fall framgick det efter en preliminär bedömning att avtalet, mot bakgrund av den långvariga handelsförbindelse som förelåg mellan Alrosa och De Beers, åsidosatte dessa bestämmelser på samma sätt som andra typer av handelsförbindelser mellan parterna vid tidpunkten för kommissionens undersökning, såsom försäljning ad hoc enligt principen "willing buyer/willing seller". Vidare grundades inte kommissionens preliminära bedömning enbart på De Beers dominerande ställning på marknaderna i efterföljande led, såsom sökanden har gjort gällande, utan den beaktade även dess dominerande ställning på marknaden för rådiamanter, såsom angetts i skälen 23 och 24 i beslutet.

- 70 Vidare innebär inte beslutet ett undanröjande av Alrosas avtalsfrihet. Tvärtom begränsar sig avtalet till att göra bindande de enskilda åtaganden som De Beers frivilligt föreslog inom ramen för sin egen avtalsfrihet, nämligen att avsluta bolagets avtal med Alrosa. Det är fullt möjligt att det ligger i Alrosas intresse att ingå ett avtal med sin främsta konkurrent i stället för att utsätta sig för fri konkurrens. Varken det intresse som en handelspartner till ett företag som har en dominerande ställning skulle kunna ha av att binda sig till detta företag genom ett avtal eller andra särskilda omständigheter som hänför sig till denna handelspartner, skall, enligt rättspraxis, emellertid beaktas vid tillämpningen av artikel 82 EG (domstolens dom i det ovannämnda målet Hoffmann-La Roche mot kommissionen, punkterna 89 och 91, dom av den 9 november 1983 i mål 322/81, Michelin mot kommissionen, REG 1983, s. 3461, punkt 71, svensk specialutgåva, volym 7, s. 351, och av den 27 april 1994 i mål C-393/92, Almelo, REG 1994, s. I-1477, punkt 44, svensk specialutgåva, volym 15, s. I-89, samt förstainstansrättens dom av den 1 april 1993 i mål T-65/89, BPB Industries och British Gypsum mot kommissionen, REG 1993, s. II-389, punkt 68, svensk specialutgåva, volym 14, s. II-1).
- 71 Kommissionen anser vidare att det är oriktigt att påstå att dessa farhågor inte skulle motivera antagandet av De Beers enskilda åtaganden.
- 72 Samtidigt som kommissionen har medgett att det i normala fall är nödvändigt att särskilt undersöka verkan av en avskärmning av marknaden, har den påpekat att det i förevarande fall skulle ha varit en mycket svår uppgift att fastställa huruvida De Beers kunde köpa en viss mängd rådiamanter från Alrosa utan att orsaka sådana konkurrensbegränsande verkningar som angetts i kommissionens preliminära bedömning, och, i sådana fall, vilken mängd det skulle ha varit frågan om. Under alla omständigheter var en sådan bedömning inte nödvändig med hänsyn till att kommissionen, mot bakgrund av det syfte som eftersträvas i artikel 9 i förordning nr 1/2003, fullt lagenligt kunde godta De Beers enskilda åtaganden såsom de föreslagits av bolaget. Dessutom hade kommissionens tjänstemän under det administrativa förfarandet redan informerat parterna om att det var tänkbart att handelsförbindelserna mellan Alrosa och De Beers helt måste upphöra.
- 73 Tvärtemot vad sökanden har påstått var kommissionens betänkligheter inte begränsade till en utestängning av konkurrenter från eller en avskärmning av marknaden. Tvärtom omfattade de samtliga förbindelser mellan Alrosa och De Beers som var

avsedda att med hjälp av olika metoder som skiljer sig från dem som normalt är förenliga med en normal konkurrens gemensamt reglera volymen, priset och urvalet av rådiamanter på världsmarknaden, på ett sådant sätt att de helt utestängde en fristående leverantör från marknaden med avsikt att förstärka De Beers roll som market-maker och undergräva en bibehållen och utökad konkurrens, såsom följer av skälen 28, 30 och 32 i beslutet.

- 74 Slutligen har kommissionen gjort gällande att sökanden saknar grund för sitt påstående att genomförandet av beslutet skulle få en konkurrensbegränsande verkan. Kommissionen anser att de argument som framförts i detta hänseende inte är relevanta eftersom de felaktigt framställer Alrosa såsom en leverantör till De Beers, när Alrosa i själva verket är en konkurrent. Vidare är dessa argument inte övertygande ur ekonomisk synvinkel och saknar stöd i övrigt.
- 75 För det andra har kommissionen hävdatt att beslutet inte innebär ett åsidosättande av proportionalitetsprincipen.
- 76 Kommissionen har i detta hänseende inledningsvis medgett att proportionalitetsprincipen är tillämplig på beslut i vilka det sker en tillämpning av artikel 9 i förordning nr 1/2003.
- 77 Det är emellertid nödvändigt att beakta den särskilda karaktären på denna bestämmelse. I motsats till artikel 7 i förordning nr 1/2003, enligt vilken kommissionen kan konstatera förekomsten av en överträdelse, ålägga de berörda parterna att upphöra med överträdelsen samt ålägga dem alla slags korrigerande åtgärder av strukturell eller beteendemässig art, inbegripet att upphöra med handelsförbindelser som strider mot gemenskapens konkurrensregler, föreskrivs det i artikel 9 i förordning nr 1/2003 att kommissionen, utan att ha konstaterat att det föreligger en överträdelse, får

fastställa att det inte finns något behov av att vidta ytterligare åtgärder, eftersom de berörda företagen frivilligt har föreslagit åtaganden som undanröjer kommissionens betänkligheter i konkurrenshänseende.

78 Med hänsyn till dessa omständigheter behöver ett beslut enligt artikel 9 i förordning nr 1/2003 inte vara grundat på sådana skäl som normalt krävs för ett beslut enligt artikel 7 i nämnda förordning, i synnerhet när det visar sig vara svårt att fastställa arten eller räckvidden av det åtagande som är nödvändigt för att undanröja de betänkligheter som kommissionen framfört, exempelvis på grund av att det beteende som kommissionen hyser betänkligheter mot är nytt och specifikt, såsom i förevarande fall. Vidare skulle det syfte som eftersträvas i artikel 9 i förordning nr 1/2003 äventyras, om resultatet av den undersökning som skall företas vid ett beslut enligt denna bestämmelse är beroende av den bedömning som skall företas vid ett annat hypotetiskt beslut enligt artikel 7 i denna förordning. Detta skulle innebära att kommissionen ändå måste göra en sådan bedömning som ligger till grund för ett beslut enligt artikel 7 i förordning nr 1/2003, vilket således skulle förtä en del av de effektivitetsvinster som eftersträvades av lagstiftaren genom införandet av artikel 9 i den förordningen.

79 Innan kommissionen kan godta de åtaganden som erbjudits måste den kontrollera att de i tillräcklig mån undanröjer de anförda betänkligheterna i konkurrenshänseende. Artikel 9 utgör ett tillämpningsverktyg i detta avseende.

80 Kommissionen har medgett att tillämpningen av proportionalitetsprincipen medför att kommissionen inte skall godta åtaganden som uppenbarligen är alltför långtgående, men har tillagt att eftersom åtagandena framställs av de berörda företagen på frivillig grund, måste ett sådant fall sannolikt höra till undantagen. Under alla omständigheter är kommissionen inte skyldig att göra en parallell bedömning som motsvarar ett hypotetiskt beslut enligt artikel 7 i förordning nr 1/2003, eftersom en sådan parallell bedömning skulle strida mot själva syftet med artikel 9 i denna förordning såvitt avser förfarandenas effektivitet och verkan.

- 81 Av det föregående drar kommissionen slutsatsen att med hänsyn till syftet med och uppbyggnaden av artikel 9 i förordning nr 1/2003, och för att bestämmelsen inte skall förlora sin ändamålsenlighet, skall domstolsprövningen av ett beslut enligt denna bestämmelse begränsas till en kontroll av huruvida det har skett en uppenbart felaktig tillämpning av proportionalitetsprincipen och, mer allmänt, huruvida det har gjorts en uppenbart oriktig bedömning i samband med den komplexa ekonomiska bedömning som görs för att fastställa huruvida de åtaganden som de berörda företagen har föreslagit är ägnade att undanröja de betänkligheter som framförts i den preliminära bedömningen.
- 82 Kommissionen har slutligen gjort gällande att beslutet i förevarande fall varken är oproportionerligt eller, i synnerhet, på ett ooberättigat sätt åsidosätter Alrosas legitima kommersiella intressen.
- 83 Alrosa saknar för det första grund för sitt påstående att beslutet gick utöver vad som är nödvändigt när De Beers enskilda åtaganden gjordes bindande. Det är vilseledande att påstå att det anmälda avtalet enbart reserverade hälften av Alrosas årsproduktion för De Beers, eftersom den andra halvan under alla förhållanden var reserverad för den ryska marknaden och det anmälda avtalet, enligt dess ursprungliga lydelse, således omfattade hela den årsproduktion som var avsedd för världsmarknaden och därefter, i den ändrade lydelsen enligt de gemensamma åtagandena om dessa hade gjorts bindande, 36 procent av denna produktion. Vidare skall dessa procentsatser inte beaktas enskilt utan mot bakgrund av de handelsförbindelser som förelegat mellan dessa bolag under mer än halvt sekel i syfte att gemensamt reglera produktion och priser. Det var mot bakgrund av dessa omständigheter som, för det första, kommissionen framförde betänkligheter beträffande De Beers kontroll av marknaden och Alrosas oförmåga att till fulla konkurrera med De Beers, som, för det andra, berörda tredje parter bekräftade att det var nödvändigt att få den handelsförbindelse som förelåg mellan dessa bolag att upphöra och slutligen De Beers ensidigt föreslog ett sådant åtagande och därigenom undanröjde alla eventuella betänkligheter. Kommissionen har även hävdats att förbudet mot öppna aktioner är motiverat mot bakgrund av Alrosas och De Beers tidigare agerande i samband med försäljningar *ad hoc* av typen "willing buyer — willing seller". Under alla omständigheter har sökanden inte på något sätt visat på vilket sätt mindre långtgående åtaganden, såsom de gemensamma åtaganden som tidigare föreslagits för kommissionen, skulle vara tillräckliga.

- 84 För det andra anser kommissionen att sökanden saknar grund för sitt påstående att beslutet innebar oproportionerliga nackdelar för bolaget i förhållande till det eftersträlvade syftet. Kommissionen beaktade nämligen i vederbörlig mån Alrosas intressen genom att bereda det tillfälle att yttra sig angående de enskilda åtaganden som De Beers föreslagit och genom att föreskriva en övergångsperiod under vilken Alrosa kunde inrätta ett alternativt distributionssystem. Dessutom underställde Alrosa självt i, september 2003, kommissionen åtaganden, vilka innebar ett fullständigt och permanent upphörande av företagets kommersiella förbindelser med De Beers. Slutligen är det förhållandet att Alrosa inte kommer att kunna ingå avtal med De Beers efter utgången av övergångsfasen inte slutgiltigt, eftersom förfarandet alltid kan återupptas enligt artikel 9.2 i förordning nr 1/2003.
- 85 För det tredje anser kommissionen att sökanden saknar grund för sitt påstående att beslutet är diskriminerande mot detta bolag, eftersom dess ställning i förhållande till De Beers skiljer sig från andra leverantörers ställning med hänsyn dels till att Alrosa är den främsta konkurrenten till detta företag som har en dominerande ställning, dels till den handelsförbindelse som Alrosas sedan länge har med detta företag.

Förstainstansrättens bedömning

— Kommissionens behörighet enligt artikel 9 i förordning nr 1/2003

- 86 Det följer av artikel 9 i förordning nr 1/2003 att kommissionen genom beslut får göra åtaganden som de berörda företagen erbjuder bindande för dessa företag, när åtagandena är ägnade att undanröja de betänkligheter som framförts av kommissionen i sin preliminära bedömning. De erbjudanden som företagen framställer saknar i sig bindande rättslig verkan och det är kommissionens beslut i enlighet med artikel 9 i förordning nr 1/2003, och endast det beslutet, som har en rättslig verkan för företagen.

87 Eftersom detta beslut medför att förfarandet för att konstatera en överträdelse av konkurrensreglerna och vidta sanktionsåtgärder till följd härav upphör, kan det inte likställas med att kommissionen endast godtar ett förslag som parterna i en förhandling frivilligt har formulerat, utan det utgör en tvingande åtgärd som får en överträdelse eller en potentiell överträdelse att upphöra, i samband med vilken kommissionen utövar samtliga de befogenheter som den tillerkänts enligt artiklarna 81 EG och 82 EG, med det enda särdraget att erbjudandet om åtaganden undantar kommissionen från skyldigheten att följa det förfarande som föreskrivs i artikel 85 EG och i synnerhet att bevisa överträdelsen.

88 Genom att ett visst agerande gentemot en tredje part görs bindande, kan ett beslut enligt artikel 9 i förordning nr 1/2003 indirekt få en rättslig verkan *erga omnes*, vilken det berörda företaget självt inte skulle ha kunnat uppnå. Kommissionen är således ensam upphovsman från och med den tidpunkt då de åtaganden som det berörda företaget erbjudit görs bindande och påtar sig således ensam ansvaret för dessa. Kommissionen är nämligen inte alls skyldig att beakta, och i ännu mindre grad i föreliggande skick, de erbjudanden om åtaganden som de berörda företagen framställer.

89 Även om förordning nr 1/2003 inte innehåller någon definition av begreppet "berörda företag", framgår det av ordalydelsen att denna klassificering omfattar de företag som är ansvariga för det ifrågavarande agerandet och vilka kan bli föremål för sanktionsåtgärder.

90 I ett förfarande som har inletts i enlighet med artikel 82 EG är det företag i princip berört som har en dominerande ställning och vars agerande kan utgöra missbruk. Om den tolkning skulle ges företräde som innebär att alla företag som kan påverkas av beteendemässiga åtaganden avsedda att få ett konstaterat eller ett tänkbart

missbruk att upphöra måste omfattas av ett åtagande i egenskap av berörda företag, skulle det medföra att det blir omöjligt att tillämpa artikel 9 i förordning nr 1/2003 i de flesta situationer som omfattas av artikel 82 EG.

- 91 Vad gäller den period under vilken ett beslut om att göra åtaganden bindande skall gälla, påpekar förstainstansrätten att medan det i artikel 9.1 i förordning nr 1/2003 föreskrivs att ett sådant beslut får fattas för en bestämd period, föreligger det emellertid inget krav på en sådan period. Den slutgiltiga lydelsen i artikel 9 i förordning nr 1/2003 skall således skiljas, såsom kommissionen med rätta har påpekat, från artikel 9 i kommissionens förslag till rådets förordning om genomförandet av konkurrensreglerna i artiklarna 81 [EG] och 82 [EG] i fördraget (KOM/2000/ 582 slutlig), där det föreskrevs att ett sådant beslut "skall fattas för en bestämd period". Det finns således inget principiellt skäl som hindrar kommissionen från att göra åtagandena bindande för en obestämd tidsperiod.

- 92 Även om det i artikel 9 i förordning nr 1/2003, till skillnad från artikel 7.1, inte hänvisas till proportionalitetsprincipen, är kommissionen skyldig att iaktta denna princip när den antar ett beslut på grundval av denna artikel. Proportionalitetsprincipen erkänns nämligen i fast rättspraxis som en grundläggande gemenskapsrättslig princip (domen i det ovannämnda målet Fedesa m.fl., punkt 13).

- 93 I skäl 34 i förordning nr 1/2003 anges vidare att "[i] enlighet med subsidiaritets- och proportionalitetsprinciperna i artikel 5 [EG] går denna förordning inte utöver vad som är nödvändigt för att uppnå dess mål, nämligen en effektiv tillämpning av gemenskapens konkurrensregler".

- 94 Kommissionen har i sina inlagor medgett att proportionalitetsprincipen är tillämplig på beslut som antas enligt artikel 9 i förordning nr 1/2003. Den anser emellertid att denna princip inte skall tillämpas på samma sätt i artikel 7.1 och i artikel 9.1 i denna förordning.
- 95 Förstainstansrätten anser för det första att artikel 7.1 i förordning nr 1/2003 har samma syfte som förordningens artikel 9.1 och att detta sammanfaller med det huvudsakliga målet med förordning nr 1/2003, nämligen att säkerställa en effektiv tillämpning av konkurrensreglerna i fördraget.
- 96 För att uppnå detta mål förfogar kommissionen över ett utrymme för skönsmässig bedömning i utövandet av den valmöjlighet som uppställs i förordning nr 1/2003 att antingen göra de åtaganden som föreslagits av de berörda företagen bindande och fatta ett beslut i enlighet med artikel 9 i denna förordning, eller följa det förfarande som föreskrivs i artikel 7.1 i nämnda förordning, vilket kräver att en överträdelse konstateras.
- 97 Detta utrymme för skönsmässig bedömning beträffande valet av det förfarande som skall följas medför inte att kommissionen är undantagen från skyldigheten att iaktta proportionalitetsprincipen när den beslutar att göra de åtaganden som framställts enligt artikel 9.1 i förordning nr 1/2003 bindande.
- 98 För det andra följer det av fast rättspraxis på detta område att iakttagandet av proportionalitetsprincipen kräver att gemenskapsinstitutionernas rättsakter inte går utöver vad som är ändamålsenligt och nödvändigt för att uppnå det mål som eftersträvas (förstainstansrättens dom av den 19 juni 1997 i mål T-260/94, *Air Inter mot kommissionen*, REG 1997, s. II-997, punkt 144, och domen i det ovannämnda målet

Van den Bergh Foods mot kommissionen, punkt 201). Om valet står mellan flera ändamålsenliga åtgärder skall den minst betungande väljas, och de olägenheter som vållas får inte vara orimliga i förhållande till de åsyftade målen (domstolens dom av den 11 juli 1989 i mål 265/87, Schröder, REG 1989, s. 2237, punkt 21, svensk specialutgåva, volym 10, s. 83, och av den 9 mars 2006 i mål C-174/05, Zuid-Hollandse Milieufederatie och Natuur en Milieu, REG 2006, s. I-2443, punkt 28).

99 Bedömningen av huruvida en åtgärd är proportionerlig utgör således en objektiv bedömning, eftersom frågan huruvida det ifrågasatta beslutet är ändamålsenligt och nödvändigt skall bedömas i förhållande till det mål som åsyftas av institutionen. För beslut som antas enligt artikel 7 i förordning nr 1/2003 är målet att få den konstaterade överträdelsen att upphöra. För beslut som antas enligt artikel 9 i den förordningen är målet att undanröja de betänkligheter som kommissionen framfört i sin preliminära bedömning, vilka motiverar att kommissionen överväger att anta ett beslut om att överträdelsen skall upphöra.

100 I fall där kommissionen tillämpar artikel 7.1 i förordning nr 1/2003 måste den fastställa att det föreligger en överträdelse, vilket innebär att den relevanta marknaden och i förekommande fall det missbruk som företaget i fråga påstås ha gjort sig skyldig till måste ges en exakt definition. Vid en tillämpning av artikel 9.1 i förordningen är kommissionen visserligen inte skyldig att formellt visa att det föreligger en överträdelse, såsom för övrigt anges i skäl 13 i förordning nr 1/2003, men den måste dock fastställa att det verkligen föreligger sådana betänkligheter i konkurrenshänseende som motiverar kommissionen att överväga ett beslut i enlighet med artiklarna 81 EG och 82 EG och som gör det möjligt att föreskriva att det berörda företaget skall iakttä vissa åtaganden, vilket förutsätter en bedömning av marknaden och den åsyftade överträdelsen som inte är lika slutgiltig som en bedömning i enlighet med artikel 7.1 i förordning nr 1/2003, även om den är tillräckligt utförlig för att bedöma om åtagandet är ändamålsenligt.

- 101 Det skulle nämligen strida mot systematiken i förordning nr 1/2003 om det var möjligt att anta ett beslut, vilket enligt artikel 7.1 i förordningen skulle anses oproportionerligt i förhållande till den konstaterade överträdelsen, genom att tillämpa det förfarande som följer av artikel 9.1 och därvid göra ett åtagande bindande, på den grunden att överträdelsen formellt inte behöver bevisas enligt detta förfarande.
- 102 Domstolen har redan slagit fast att ålägganden som riktas till företag för att få en överträdelse av konkurrensreglerna att upphöra, i enlighet med artikel 3 i den tidigare förordning nr 17, inte får gå utöver vad som är ändamålsenligt och nödvändigt för att uppnå det mål som eftersträvas, det vill säga att företagen åter skall följa de regler som har överträtts (domen i det ovannämnda målet RTE och ITP mot kommissionen, punkt 93). Denna tolkning gäller även för artikel 7.1 första meningen i förordning nr 1/2003, vars lydelse ligger mycket nära den i artikel 3.1 i förordning nr 17.
- 103 Av detta följer att kommissionen, utan att överskrida den behörighet som den anförtrots enligt konkurrensreglerna i EG-fördraget och enligt förordning nr 1/2003, endast får anta ett beslut att helt förbjuda framtida handelsförbindelser mellan två företag på grundval av artikel 7.1 i nämnda förordning om ett sådant beslut är nödvändigt för att återställa den situation som förelåg före överträdelsen (se, för ett liknande resonemang, förstainstansrättens dom av den 18 september 1992 i mål T-24/90, Automec mot kommissionen, REG 1992, s. II-2223, punkterna 51 och 52; svensk specialutgåva, volym 13, s. II-61).
- 104 Det går inte att anföra något relevant övervägande grundat på skillnaden mellan artikel 7 och artikel 9 i förordning nr 1/2003 som skulle leda till en annan slutsats vad gäller gränserna för kommissionens behörighet att vidta bindande åtgärder enligt artikel 9.1 i förordningen.

- 105 För det tredje medför inte det förhållandet att åtagandena är av frivillig art att kommissionen inte behöver iaktta proportionalitetsprincipen, eftersom det är kommissionens beslut som gör åtagandena bindande. Att ett företag har sina egna skäl att anse att det ligger i dess intresse att vid ett visst tillfälle framställa vissa åtaganden, innebär inte att dessa åtaganden faktiskt är nödvändiga.
- 106 Beträffande ordningen enligt den tidigare förordning nr 17 har domstolen för övrigt fastslagit att de skyldigheter som följer av ett åtagande som gjorts bindande för parterna under vissa förhållanden kan jämföras med ett åläggande att upphöra med överträdelser (domstolens dom av den 31 mars 1993 i de förenade målen C-89/85, C-104/85, C-114/85, C-116/85, C-117/85, C-125/85—C-129/85, Ahlström Osaakehtiö m.fl. mot kommissionen, REG 1993, s. I-1307, punkt 181). Domstolen ansåg nämligen att genom att erbjuda ett sådant åtagande har de berörda företagen, av individuella skäl, inskränkt sig till att godta ett beslut som kommissionen, ensidigt, har behörighet att fatta (domen i det ovannämnda målet Ahlström Osaakehtiö m.fl., punkt 181).
- 107 Det förhållandet att åtagandena har föreslagits av ett företag begränsar inte förstainstansrättens prövning av lagenligheten av kommissionens beslut att göra åtagandena bindande.
- 108 Nivån på förstainstansrättens prövning av de bedömningar som kommissionen gjort i enlighet med konkurrensreglerna i fördraget är beroende av det utrymme för skönmässig bedömning som alltid ligger till grund för det beslut som skall prövas och som motiveras av komplexiteten i de ekonomiska bestämmelser som genomförs. Med hänsyn till den verkan som beslut som fattas i enlighet med artiklarna 81 EG och 82 EG har på den grundläggande ekonomiska frihet som garanteras i fördraget, skall en inskränkt prövning begränsas till de fall då det ifrågasatta beslutet grundas på komplexa ekonomiska bedömningar, med undantag för sådana områden, såsom området för koncentrationer, där förekomsten av ett utrymme för skönmässig bedömning är väsentligt för att den beslutsfattande institutionen skall kunna utöva sin behörighet (domstolens dom av den 15 februari 2005 i mål C-12/03 P, kommissionen mot Tetra Laval, REG 2005, s. I-987, punkterna 38–40).

109 På området för granskning av koncentrationer utgör det således fast rättspraxis att kommissionen förfogar över ett stort utrymme för skönsmässig bedömning när det gäller att bedöma nödvändigheten av att få till stånd åtaganden som kan skingra de allvarliga tvivel som en koncentration ger upphov till (förstainstansrättens dom av den 30 september 2003 i mål T-158/00, *ARD mot kommissionen*, REG 2003, s. I-3825, punkterna 328 och 329). Det förhållandet att förstainstansrättens prövning på detta område begränsas till uppenbara felaktigheter motiveras av att kommissionen gör framåtblickande ekonomiska bedömningar för att fastställa att koncentrationen i fråga inte ger upphov till eller förstärker en dominerande ställning (förstainstansrättens dom och den 25 mars 1999 i mål T-102/96, *Gencor mot kommissionen*, REG 1999, s. II-753, punkt 163).

110 Den bedömning som kommissionen skall utföra i ett förfarande som inletts enligt förordning nr 1/2003 avser emellertid, oberoende av om beslutet antas enligt artikel 7.1 eller artikel 9.1 i förordning nr 1/2003, existerande förfaranden. Detta förhållande innebär dock inte att det inte kan bli nödvändigt att göra komplexa ekonomiska bedömningar, men det får inte, för det fall det inte är fråga om några sådana bedömningar, innebära att förstainstansrättens prövning av kommissionens beslut under några förhållanden inskränks till uppenbart oriktiga bedömningar.

111 Av det ovanstående följer att förstainstansrätten skall pröva huruvida de åtgärder som gjorts bindande genom beslutet var ändamålsenliga och nödvändiga för att få det missbruk som fastställts i kommissionens preliminära bedömning att upphöra.

— Huruvida proportionalitetsprincipen har iakttagits i beslutet

112 Av fast rättspraxis följer att det enligt proportionalitetsprincipen krävs att gemenskapsinstitutionernas rättsakter inte går utöver vad som är ändamålsenligt och

nödvändigt för att uppnå de legitima mål som eftersträvas med reglerna i fråga, varvid gäller att man när det finns flera ändamålsenliga åtgärder att välja mellan skall använda sig av den åtgärd som är minst betungande och att vållade olägenheter inte får vara orimliga i förhållande till de eftersträlvade målen (domstolens dom i det ovan nämnda målet Fedesa m.fl., punkt 13, och dom av den 14 juli 2005 i mål C-180/00, Nederländerna mot kommissionen, REG 2005, s. I-6603, punkt 103).

- 113 Det ändamål som kommissionen eftersträlvade genom att anta beslutet skall sökas i den preliminära bedömningen, vilken återfinns i det meddelande om invändningar som riktades till De Beers i enlighet med artikel 82 EG. Enligt den bedömningen hindrar det anmälda avtalet Alrosa från att agera som en oberoende leverantör på marknaden för rådiamanter och undandrar således potentiella kunder en försörjningskälla. Kommissionen anser således att det anmälda avtalet leder till att De Beers får en exklusiv distributionsrätt, vilket skulle kunna utgöra missbruk av dominerande ställning.
- 114 Härav följer att det missbruk som identifierats i kommissionens preliminära bedömning består i det anmälda avtalet, varvid De Beers ingående av detta avtal framställs som missbruk av en dominerande ställning. Mot denna bakgrund framhåller förstainstansrätten att inom ramen för det förfarande som inletts i enlighet med artikel 81 EG hade det var tillräckligt att inte tillåta parterna att genomföra detta avtal för att få det eventuella missbruket att upphöra.
- 115 Även om de invändningar som kommissionen framställde i meddelandet om invändningar i enlighet med artikel 82 EG endast avsåg det anmälda avtalet, skall det påpekas att de betänkligheter som kommissionen framförde i beslutet även åsyftade den situation som framgick av det anmälda avtalet, närmare bestämt förekomsten av förbindelser mellan parterna som sträckte sig långt tillbaka i tiden, och som skulle upprätthållas med det anmälda avtalet.

- 116 I skäl 28 i beslutet angavs således följande: "... de undersökta förfaranden som leder till problem på grund av De Beers dominerande ställning och dess roll som 'market maker' avser de förfaranden som uppkommer till följd av handelsavtalet mellan De Beers och dess främsta konkurrent Alrosa, med hänsyn till de tidigare relationerna mellan bolagen. Vid kommissionens undersökning framkom att De Beers och Alrosa hade etablerat sina långvariga handelsförbindelser för att gemensamt kunna reglera volym, utbud och priser avseende de rådiamanter som såldes på världsmarknaden. Grunden för förevarande inköp är uppenbarligen densamma och utgör en av grundpelarna i De Beers roll som market maker."
- 117 Det fanns således fog för att anse att det inte var det anmälda avtalet ensamt som i den preliminära bedömningen ansågs utgöra grunden för kommissionens betänkligheter i konkurrenshänseende, vilket skulle göra det olämpligt att tillämpa artikel 82 EG, utan det förhållandet att avtalet förstärkte och vidmakthöll de föreliggande handelsförbindelserna, vilka i sig ansågs utgöra missbruk.
- 118 I skäl 46 i beslutet anges att kommissionens främsta betänkligheter angående det agerande som identifierats inom ramen för förfarandet enligt artikel 82 EG "var att De Beers skulle förstärka och bevara sin dominerande ställning genom att minska potentiella kunders tillgång till en verklig alternativ försörjningskälla för rådiamanter och genom att hindra den näst största konkurrenten [Alrosa] från att till fullo konkurrera med De Beers".
- 119 Det mål som eftersträvades av kommissionen när den gjorde De Beers enskilda åtaganden bindande var således att få det agerande att upphöra som hindrade Alrosa från att etablera sig som en verklig konkurrent på den ifrågavarande marknaden och ge tredje parter tillgång till en alternativ försörjningskälla.

- 120 Prövningen av om det ifrågasatta beslutet var nödvändigt skall således göras mot bakgrund av de båda ovannämnda ändamålen.
- 121 Av skäl 47 i beslutet framgår att De Beers enskilda åtaganden var tillräckliga för att undanröja de betänkligheter som kommissionen framfört i sin preliminära bedömning. Sökanden har inte bestritt detta förhållande. Det återstår emellertid att pröva huruvida De Beers enskilda åtaganden som gjordes bindande genom beslutet även uppfyller kravet på att de skall vara nödvändiga, även om beslutet inte behandlade denna aspekt av frågan angående åtgärdens proportionalitet.
- 122 Såsom angetts ovan skall den prövning som gemenskapsdomstolarna företar av kommissionens komplicerade ekonomiska bedömningar endast avse en kontroll av att reglerna för handläggning och motivering har följts, att de faktiska omständigheter som lagts till grund för det omtvistade valet är materiellt riktiga, att bedömningen av dessa omständigheter inte är uppenbart oriktig och att det inte förekommit maktmissbruk (domstolens dom av den 7 januari 2004 i mål C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P och C-219/00 P, REG 2004, s. I-123, punkt 279).
- 123 För att förstainstansrätten skall kunna nöja sig med en begränsad prövning av huruvida beslutet är proportionerligt, är det nödvändigt att förstainstansrätten kan konstatera att kommissionen har gjort sin bedömning på grundval av en komplex ekonomisk analys som ledde till slutsatsen att de åtaganden som gjordes bindande var nödvändiga för att undanröja de betänkligheter som framförts i kommissionens preliminära bedömning.
- 124 Såväl i sin svarsinlaga som vid förhandlingen angav kommissionen att det kunde finnas en gråzon mellan de gemensamma åtagandena och De Beers enskilda åtaganden, men att det skulle ha varit nödvändigt att göra en komplex ekonomisk bedömning för att ange alternativa lösningar till de åtaganden som gjordes bindande,

vilket är det som artikel 9 i förordning nr 1/2003 är avsedd att undvika. Kommissionen har också anfört att den, med hänsyn till svårigheterna att fastställa alternativa lösningar, kom till slutsatsen att ett totalförbud utgjorde den enda lämpliga lösningen för att undanröja de ursprungliga betänkligheterna.

125 Härav följer att kommissionen i förevarande fall inte har gjort en sådan komplex ekonomisk bedömning som motiverar en begränsning av förstainstansrättens prövning av beslutet och att kommissionen enbart grundar sitt krav på en begränsad prövning på den speciella karaktären hos artikel 9 i förordning nr 1/2003. Även om det i artikel 9 inte uppställs något krav på att kommissionen skall bevisa den överträdelse som omfattas av förfarandet, måste den emellertid, såsom redan angetts ovan i punkt 100 i förevarande dom, ha en tillräcklig grund för sin bedömning, för att domstolen på ett ändamålsenligt sätt skall kunna pröva om den vidtagna åtgärden är proportionerlig.

126 Under alla omständigheter konstaterar förstainstansrätten att beslutet grundas på en oriktig bedömning, som dessutom är uppenbar. Det är uppenbart av omständigheterna i förevarande fall att det fanns andra mindre betungande lösningar att tillgå än ett permanent förbud för De Beers och Alrosa att ingå avtal med varandra för att uppnå det mål som eftersträvades med det ifrågasatta beslutet. Det förelåg inte några särskilda tekniska svårigheter att fastställa dessa lösningar och kommissionen kunde inte underlåta att beakta dem.

127 Förstainstansrätten erinrar för det första om att det följer av fast rättspraxis att det för ett företag som har en dominerande ställning på en marknad utgör ett missbruk av en dominerande ställning i enlighet med artikel 82 EG när en köpare binds, även om det är på köparens egen begäran, av en skyldighet eller ett löfte att göra alla eller de flesta av sina inköp uteslutande hos detta företag (domen i det ovannämnda målet Hoffmann-Laroche mot kommissionen, punkt 89). När denna rättspraxis tillämpas på en köpare i en dominerande ställning innebär den att det förhållandet att De Beers har reserverat hela Alrosas produktion avsedd för export utanför OSS för egen räkning, även om det skett med det sistnämnda bolagets godkännande, kan utgöra ett missbruk, med hänsyn till bolagets förbindelser.

- 128 Den vid första anblicken mest ändamålsenliga lösningen för att få det ovan angivna missbruket att upphöra hade varit att förbjuda parterna att ingå ett avtal genom vilket De Beers för egen räkning kunde reservera hela, eller i alla fall en väsentlig del, av Alrosas produktion avsedd att exporteras utanför OSS, för att det sistnämnda bolaget skulle återfå sitt oberoende på marknaden och för att säkerställa tredje parter tillgång till en alternativ försörjningskälla, och utan att det därvid skulle ha varit nödvändigt att helt förbjuda De Beers att köpa diamanter som producerats av Alrosa.
- 129 För det andra hade De Beers och Alrosa i december 2004 gemensamt föreslagit åtaganden, och kommissionen har fortfarande inte förklarat på vilket sätt dessa åtaganden inte var lämpade att undanröja de betänkligheter som framförts i kommissionens preliminära bedömning.
- 130 Kommissionen är visserligen i enlighet med artikel 9.1 i förordning nr 1/2003 aldrig skyldig att besluta att göra åtaganden bindande i stället för att vidta åtgärder i enlighet med artikel 7 i samma förordning. Det ankommer således inte på kommissionen att ange skälen för att den inte ansåg att åtagandena var lämpliga att göras bindande och därigenom avsluta förfarandet.
- 131 När det föreligger mindre betungande åtgärder än dem som institutionen avser att göra bindande, och den har kännedom om dessa, är den i enlighet med proportionalitetsprincipen skyldig att undersöka huruvida dessa är lämpade att undanröja de betänkligheter som lagts till grund för åtgärderna innan den beslutar, för det fall dessa visar sig olämpliga, att vidta de mer betungande åtgärderna.
- 132 De gemensamma åtaganden som De Beers och Alrosa föreslog i december 2004, vilka kommissionen visserligen vare sig i beslutet eller i dess motivering hade en processrättslig skyldighet att beakta, utgör inte desto mindre en mindre betungande åtgärd än den som kommissionen beslutade att göra bindande och vilken i detta avseende är relevant i samband med prövningen av om proportionalitetsprincipen har iakttagits.

- 133 Eftersom dessa åtaganden för det första innebär att Alrosas produktion successivt öppnas upp för tredje parter och att de för det andra ger Alrosa den tid som krävs för att utveckla sitt eget distributionssystem för rådiamanter och därmed bli en verklig konkurrent till De Beers, skulle de gemensamma åtagandena, vid första anblick, kunna anses lämpliga för att komma till rätta med de betänkligheter som kommissionen framfört.
- 134 Förstainstansrätten finner att de gemensamma åtagandena för perioden 2005–2009 innebar en väsentlig minskning av den mängd diamanter som Alrosa reserverat för De Beers, vilken minskades från ett värde på 700 miljoner USD år 2005 till 275 miljoner USD från och med år 2009. Från och med år 2009 skulle Alrosa därför endast ha sålt 35 procent av den mängd diamanter som den hade sålt till De Beers år 2004. De Beers skulle således ha haft svårt att påverka de priser som Alrosa fastställt, med hänsyn till att mer än två tredjedelar av de diamanter som Alrosa exporterade utanför OSS skulle ha sålts till priser som förhandlats fram med tredje parter. Om De Beers och Alrosa hade önskat samordna sin prispolitik, är det svårt att föreställa sig hur detta skulle ha genomförts. För det fall tredje parter hade vägrat att köpa till det pris som fastställts mellan dessa båda företag, hade Alrosa inte kunnat vända sig till De Beers för att sälja de osållda partierna. De gemensamma åtagandena hade således gett tredje parter en faktisk tillgång till en alternativ och oberoende försörjningskälla.
- 135 En stegvis minskning under en period av fem år av den mängd som var avsedd att säljas till De Beers, och som kopplats till ett försäljningstak på 275 miljoner USD från och med år 2009, skulle också ha gjort det möjligt för Alrosa att etablera ett eget distributionssystem utanför OSS. Ett sådant distributionssystem var nödvändigt för att detta bolag skulle kunna etablera sig som en verklig konkurrent till De Beers. Förstainstansrätten noterar emellertid att kommissionen i skäl 47 i det ifrågasatta beslutet har angett att övergångsperioden från år 2006 till och med år 2008, det vill säga tre år, var nödvändig för att Alrosa skulle kunna inrätta ”ett konkurrenskraftigt distributionssystem för den mängd diamanter som tidigare såldes till De Beers”. Kommissionen har emellertid inte förklarat på vilket sätt en sådan period hade varit tillräcklig, mot bakgrund av att Alrosa i september 2003 hade informerat kommissionen om att bolaget behövde en period på åtta år för att inrätta ett fungerande distributionsystem och att det endast var från och med år 2012 som det ansåg sig kunna upphöra

med försäljningen av rådiamanter till De Beers, vilket framgår av de handlingar som bilagts ansökan.

136 Det skall också påpekas att den 3 juli 2005, det vill säga den dag då meddelandet angående de gemensamma åtagandena offentliggjordes i *Europeiska unionens officiella tidning*, avsåg kommissionen, med reservation för resultatet av marknadsundersökningen, att göra dessa åtaganden bindande. Kommissionen ansåg därför att dessa åtaganden vid ett första påseende undanröjde de betänkligheter som kommissionen framfört i sin preliminära bedömning.

137 För ett tredje, även om de gemensamma åtagandena inte hade kunnat undanröja kommissionens ursprungliga betänkligheter, hade ändringar kunnat göras som också skulle lösa de konkurrensproblem som uppkommit till följd av det anmälda avtalet, utan att det hade varit nödvändigt att kräva att parterna helt upphörde med sina handelsförbindelser från och med år 2009.

138 Det hade bland annat varit möjligt att följa det förslag som lämnades av sökanden i en skrivelse till kommissionen av den 6 februari 2006 och enligt vilket bolaget, genom försäljning till De Beers vid aktioner, skulle få sälja diamanter till ett årligt värde av 275 miljoner USD. En sådan ändring hade, för det första, gett tredje parter tillgång till Alrosas produktion och, för det andra, gjort det möjligt för Alrosa att fortsätta att på ad hoc-basis sälja en begränsad mängd till den största köparen på marknaden.

139 Det är visserligen sant att kommissionen inte kan sätta sig i parternas ställe och ändra de åtaganden som de erbjudit enligt artikel 9 i förordning nr 1/2003, för att på så sätt komma till rätta med de betänkligheter som framförts i kommissionens preliminära bedömning. Det finns emellertid ingenting som hindrar kommissionen från att göra de erbjudna åtagandena bindande till viss del eller i viss utsträckning. Vidare framgår det i förevarande fall att kommissionen vid mötet den 27 oktober 2005

föreslog ändringar med avseende på parternas gemensamma åtaganden. Vid detta tillfälle hade kommissionen kunnat framföra sin avsikt att fatta beslut på grundval av artikel 7 i förordning nr 1/2003, vilket skulle innebära ett förbud för parterna att ha några handelsförbindelser från år 2009, om de inte erbjöd åtaganden med liknande innehåll före utgången av november 2005.

140 Kommissionen kan emellertid inte lagenligt föreslå parterna att de skall inge åtaganden som går längre än vad som är möjligt enligt det beslut som kommissionen hade kunnat fatta med stöd av artikel 7 förordning nr 1/2003. I förevarande fall hade ett beslut i enlighet med den bestämmelsen, som skulle ha inneburit att De Beers skulle upphöra med alla handelsförbindelser, såväl direkta som indirekta, med Alrosa efter år 2009 och för obegränsad tid därefter, uppenbarligen gått utöver vad kommissionen hade kunnat kräva med beaktande av proportionalitetsprincipen mot bakgrund av det mål som eftersträvas.

141 Endast särskilda omständigheter, vilka inte har angetts i beslutet och vilka inte framgår av handlingarna i målet, kan motivera att ett beslut som antas med stöd av artikel 9.1 i förordning nr 1/2003 fullständigt och slutgiltigt förbjuder företag att ingå avtal med varandra. I fall där de berörda företagen gemensamt har en dominerande ställning är det visserligen möjligt att ingenting annat än ett fullständigt förbud för dem att ingå affärstransaktioner utgör det enda sättet att förhindra missbruk. Även om kommissionen i meddelandet om invändningar, som delgavs parterna i enlighet med artikel 81 EG, lät förstå att det kunde föreligga ett oligopol mellan Alrosa och De Beers, var bedömningen i beslutet enbart grundad på De Beers dominerande ställning och inte på möjligheten att de två företagen hade en gemensam dominerande ställning. Såväl i sina svarsinlagor som vid förhandlingen bekräftade kommissionen att beslutet verkligen skulle förstås på det sättet.

142 Den jämförelse som kommissionen gjort av de åtaganden som sökanden erbjöd i september 2003, av de gemensamma åtagandena och av de åtaganden som gjordes bindande, räcker i övrigt inte för att visa att de sistnämnda åtagandena var nödvändiga, eftersom behovet av det beslutade förbudet, i förevarande fall i form av åtaganden som gjorts bindande, skall bedömas objektivt i förhållande till det av kommissionen eftersträvade målet.

143 Vad gäller de åtaganden som sökanden erbjöd i september 2003, vilka kommissionen har åberopat för att motivera att åtgärden är proportionerlig, avsåg dessa visserligen ett fullständigt och oinskränkt upphörande av handelsförbindelserna med De Beers. Förstainstansrätten anser emellertid att dessa åtaganden för det första innebär ett upphörande av handelsförbindelserna från år 2013 och inte från och med år 2009, vilket gav Alrosa ytterligare fyra år för att utveckla ett distributionssystem utanför OSS som skulle göra det möjligt för bolaget att sälja den mängd rådiamanter som tidigare såldes till De Beers. Inrättandet av ett sådant system var uppenbarligen nödvändigt för att tredje parter skulle få tillgång till Alrosas produktion och för att Alrosa på ett fullvärdigt sätt skulle kunna konkurrera med De Beers. För det andra återtog Alrosa dessa åtaganden på den grunden att de inte vara hållbara ur ekonomisk synvinkel. Slutligen innebär inte det förhållandet att ett företag som har erbjudit åtaganden vid en viss tidpunkt, av skäl hänförliga till företaget, att dessa åtaganden kan antas vara proportionerliga, och det fråntar inte kommissionen skyldigheten att kontrollera att åtgärderna är ändamålsenliga och nödvändiga i förhållande till det eftersträvade målet. Det förhållandet att Alrosa föreslog ett antal åtaganden i september 2003 saknar följaktligen relevans för huruvida beslutet är lagenligt.

144 Vad gäller de gemensamma åtaganden som föreslogs av parterna i december 2004, har kommissionen beskrivit dem som otillräckliga med motiveringen att för det fall De Beers skulle få fortsätta att köpa rådiamanter från Alrosa upp till ett värde av 275 miljoner USD per år, skulle det hindra Alrosa från att konkurrera med De Beers, eftersom de två kvarvarande tredjedelarna av den produktion som var avsedd för export skulle göra det svårare för Alrosa att erbjuda regelbundna leveranser avseende ett stort urval av diamanter. Dessutom anser kommissionen att De Beers skulle kunna fortsätta att använda Alrosas diamanter för att utöva sin roll som market maker.

145 Förstainstansrätten anser emellertid att den enda omständighet som anförts av kommissionen, till stöd för påståendet att Alrosas möjligheter att leverera ett stort urval av diamanter skulle begränsas om företaget fortsatte att sälja en högsta årlig mängd motsvarande ett värde av 275 miljoner USD, utgörs av en hänvisning till skäl 70 i meddelandet om invändningar enligt artikel 81 EG. I detta skäl anges följande: "De Beers ... har en väsentlig fördel i förhållande till sina konkurrenter, och denna fördel beror inte endast på dess storlek utan även på att bolaget kan garantera den högsta nivån av enhetlighet i leveranserna av [rådiamanter] till sina kunder. Skälet till detta är att det har tillgång till produktionen från ett stort antal olika gruvor som producerar ett stort urval av rådiamanter och bolaget är den enda producenten som håller stora lager." Detta skäl förklarar emellertid inte varför Alrosa inte skulle kunna garantera regelbundna leveranser av ansevärd mängder rådiamanter om det fortsatte att leverera en begränsad mängd till De Beers.

146 Även om det antas att försäljningen till De Beers av en begränsad mängd diamanter skulle ha gjort det möjligt för detta bolag att behålla eller förstärka sin roll som market maker, och således sin dominerande ställning, innebär det inte nödvändigtvis att ett åsidosättande av konkurrensreglerna har konstaterats. Eftersom syftet med artikel 82 EG inte är att förbjuda förekomsten av en dominerande ställning utan enbart missbruket av en sådan ställning, kan kommissionen inte kräva av ett företag i en dominerande ställning att det skall avstå från att göra inköp som gör det möjligt för företaget att behålla eller förstärka sin ställning på marknaden, under förutsättning att företaget genom sitt agerande inte använder sig av metoder som strider mot konkurrensreglerna. Även om ett företag som har en sådan ställning har ett särskilt ansvar (domen i det ovannämnda målet Michelin mot kommissionen, punkt 57), får det inte leda till ett krav på att själva förekomsten av en dominerande ställning skall ifrågasättas.

147 I förevarande fall har kommissionen krävt att parterna skall upphöra med alla handelsförbindelser, med den uppenbara avsikten att försvaga De Beers roll som market maker.

148 Beslutet innebär också de facto att Alrosa, som inte är föremål för förfarandet som inletts enligt artikel 82 EG, är skyldigt att göra väsentliga ändringar i sin organisation och verksamhet för att konkurrera med De Beers utanför OSS, och att genomföra dessa ändringar inom en treårsfrist.

- 149 Kommissionen ålägger därigenom en näringsidkare, som inte direkt berörs av förfarandet som inletts i enlighet med artikel 82 EG, att försöka åstadkomma en förändring av marknadsstrukturen för produktion och leverans av rådiamanter. En sådan åtgärd omfattas inte av kommissionens behörighet enligt denna bestämmelse.
- 150 Kommissionen har slutligen hävdad att förbudet att genomföra affärstransaktioner genom öppna aktioner är motiverat med hänsyn till Alrosas och De Beers tidigare agerande i samband med försäljningar ad hoc (av typen "willing buyer/willing seller"). Kommissionen anser att det är berättigat att frukta att denna försäljning skulle kunna tillåta parterna att fortsätta att genomföra det anmälda avtalet, eftersom den mängd som säljs i ett sådant fall skulle kunna vara densamma som den mängd som avsågs i avtalet.
- 151 Även om det i detta hänseende antas att De Beers och Alrosa hade önskat att på annan väg upprätthålla värdet av de transaktioner som omfattades av det anmälda avtalet, saknade inte kommissionen möjligheter att vidta de åtgärder som var nödvändiga för att säkerställa efterlevnaden av konkurrensreglerna. I artikel 9.2 i förordning nr 1/2003 föreskrivs bland annat att kommissionen kan återuppta förfarandet för det fall de berörda företagen handlar i strid med sina åtaganden. Även i artikel 23.2 i förordningen finns en möjlighet att vidta straffåtgärder mot företag som inte följer åtaganden som gjorts bindande i ett beslut enligt artikel 9 i förordningen.
- 152 Även om det godtogs att försäljningen ad hoc mellan De Beers och Alrosa gjorde det möjligt för De Beers att bibehålla och förstärka sin roll som market maker, skulle ett sådant resultat inte i sig strida mot konkurrensreglerna, eftersom denna försäljning sker på grundval av det fördelaktigaste anbudet.
- 153 Förstainstansrätten godtar följaktligen inte bedömningen enligt vilken det förhållandet att Alrosa ges möjlighet att sälja en viss mängd diamanter till De Beers vid aktioner nödvändigtvis skulle äventyra de mål som eftersträvas av kommissionen.

Denna försäljning skulle för det första ge tredje parter tillgång till Alrosas produktion på samma villkor som De Beers, och för det andra göra det möjligt för Alrosa att sälja till det ledande företaget på marknaden. Eftersom kommissionen inte har fastställt att andra kriterier än kvalitén på köpeanbudet skulle ha beaktats av Alrosa vid de försäljningar som faktiskt har ägt rum vid aktioner, kan argumentet om att De Beers skulle ha behandlats förmånligare vid sådana försäljningar inte godtas. I en skrivelse av den 6 februari 2006, vilken visserligen skickades till kommissionen efter det att tiden för ingivande av nya åtaganden hade gått ut, föreslog Alrosa för övrigt en begränsning av värdet på de diamanter som fick säljas till De Beers vid aktioner till 275 miljoner USD. Denna begränsning hade i vart fall minskat risken för en sådan snedvridning av konkurrensen som gjorts gällande av kommissionen.

154 Härav följer att det i förevarande fall förelåg mindre betungande alternativa lösningar för företagen än ett totalförbud för dem att ingå affärstransaktioner och att kommissionen inte kunde underlåta att beakta dessa lösningar på grundval av den påstådda svårigheten att fastställa dem.

155 Vad slutligen gäller kommissionens argument att beslutet inte är slutgiltigt eftersom det finns en möjlighet att återuppta förfarandet i enlighet med artikel 9.2 i förordning nr 1/2003, påpekar förstainstansrätten att en sådan möjlighet föreligger i följande tre fall: om de sakförhållanden som låg till grund för beslutet har ändrat sig i något väsentligt avseende, om de berörda företagen åsidosätter sina åtaganden, eller om beslutet grundar sig på ofullständiga, oriktiga eller vilseledande uppgifter som parterna har lämnat. Eftersom förteckningen över de situationer som gör det berättigat att återuppta förfarandet är uttömmande, kunde Alrosa inte begära att förfarandet skulle återupptas av de skäl som anförts i dess ansökan, däribland ett åsidosättande av proportionalitetsprincipen. Dessutom skulle kommissionen kunna välja att inte återuppta förfarandet med tillämpning av sitt utrymme för skönsmässig bedömning. Kommissionens argument som grundas på artikel 9.2 i förordning nr 1/2003 kan således inte godtas.

156 Mot denna bakgrund var det med rätta som sökanden gjorde gällande, för det första, att totalförbudet för handelsförbindelser mellan De Beers och Alrosa under

en obestämd tidsperiod uppenbarligen gick utöver vad som var nödvändigt för att uppnå det eftersträvade målet och, för det andra, att det förelåg andra lösningar som var proportionerliga i förhållande till det eftersträvade målet. Genom att tillämpa det förfarande som innebär en möjlighet att göra åtaganden som erbjudits av ett berört företag bindande, undgick kommissionen inte sin skyldighet att tillämpa proportionalitetsprincipen, vilken kräver en bedömning i det enskilda fallet av huruvida dessa alternativa lösningar var ändamålsenliga.

157 Av det ovanstående följer att förstainstansrätten godtar grunden om ett åsidosättande av artikel 9.1 i förordning nr 1/2003 och av proportionalitetsprincipen, och beslutet skall således ogiltigförklaras enbart på den grunden.

158 Med hänsyn till kommissionens behörighet att säkerställa efterlevnaden av domar som innebär att beslut som antagits på grundval av artiklarna 81 EG och 82 EG ogiltigförklaras, är det lämpligt att i fullständighetens intresse pröva sökandens första grund enligt vilken rätten att yttra sig har åsidosatts.

Grunden som avser att rätten att yttra sig har åsidosatts

Parternas argument

159 Sökanden har hävdats att beslutet antogs med ett åsidosättande av dess rätt att yttra sig, eftersom kommissionen, för det första, inte underrättade bolaget om skälen till att den, mot bakgrund av yttranden som inkommit från berörda tredje parter, ansåg att de gemensamma åtagandena inte undanröjde de betänkligheter som kommissionen framfört, och, för det andra, inte gav bolaget tillfälle att ange sin ståndpunkt i detta hänseende.

160 Alrosa har till stöd för sin grund gjort gällande för det första att rätten att yttra sig, som är garanterad inom ramen för förfaranden enligt konkurrensreglerna, innebär två skyldigheter för kommissionen. Denna rättighet, som gäller för var och en innan en enskild åtgärd som skulle beröra honom eller henne negativt vidtas mot honom eller henne, såsom anges i artikel 41.2 första strecksatsen i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna (EGT C 364, 2000, s. 1), medför nämligen att de berörda parterna skall ges tillfälle att inkomma med yttranden avseende de invändningar som kommissionen anser måste upprätthållas mot dem innan åtgärden vidtas, och de måste i detta hänseende underrättas om de omständigheter som ligger till grund för dessa invändningar (domstolens dom av den 13 juli 1966 i de förenade målen 56/64 och 58/64, Consten mot kommissionen, REG 1966, s. 429, svensk specialutgåva, volym 1, s. 277) och om de slutsatser som kommissionen drar av dessa (förstainstansrättens dom av den 10 mars 1992 i mål T-9/89, Hüls mot kommissionen, REG 1992, s. I-499, punkt 38).

161 Sökanden har vidare gjort gällande att de betänkligheter som kommissionen framförde i beslutet skiljer sig ifrån vad som tidigare framfördes av denna institution i den preliminära bedömningen, i den form som Alrosa delgavs dessa betänkligheter.

162 Ursprungligen uttryckte kommissionen betänkligheter beträffande två punkter. Såsom framgår av meddelandet om invändningar avseende artikel 81 EG och artikel 53 i EES-avtalet samt av det sammanfattande meddelandet, angav kommissionen för det första att handelsavtalet tycktes begränsa konkurrensen eftersom det reserverade hälften av Alrosas produktion till De Beers och därmed minskade Alrosas möjligheter att uppträda som en oberoende marknadsaktör. Kommissionen angav för det andra att handelsavtalet tycktes utgöra ett missbruk av dominerande ställning eftersom det hindrade De Beers kunder från att få tillgång till en alternativ försörjningskälla och förstärkte De Beers inflytande på marknaden på bekostnad av dess främsta konkurrent. Det var mot bakgrund av denna preliminära bedömning som sökanden och De Beers erbjöd de gemensamma åtaganden som kommissionen ursprungligen avsåg att göra bindande.

163 Därefter ändrade kommissionen sin bedömning. Efter att ha tagit del av de yttranden som inkom från berörda tredje parter som svar på det sammanfattande meddelandet, i vilket sex andra punkter som gav upphov till betänkligheter med hänsyn till konkurrensreglerna behandlades, angav kommissionen i skälen 41 och 42 i beslutet, att även om yttrandena inte innehöll några nya relevanta betänkligheter, innebar de, tillsammans med kommissionens egen bedömning, att kommissionen slutligen drog slutsatsen att de gemensamma åtagandena inte undanröjde de föreliggande betänkligheterna.

164 Slutligen anser sökanden att det var kommissionens skyldighet att under dessa omständigheter bereda bolaget möjlighet att framföra sina synpunkter såväl angående de yttranden som inkommit från berörda tredje parter som angående kommissionens ståndpunkt att de gemensamma åtagandena inte längre var tillräckliga och att det var nödvändigt att göra De Beers enskilda åtaganden bindande. Så skedde emellertid inte.

165 Alrosa anser att kommissionens invändningar i detta hänseende saknar grund. Kommissionen kan inte med fog göra gällande, såsom följer av skäl 41 i beslutet, att de enskilda åtagandena enbart förstärker de gemensamma åtagandena. Det absoluta och eventuellt slutgiltiga förbudet att ingå några som helst handelsförbindelser med De Beers är från en ekonomisk synvinkel av en helt annan art än möjligheterna att upprätthålla sådana förbindelser, om än under begränsade förutsättningar. Inte heller kan kommissionen göra gällande att sökanden inte är en berörd part i det förfarande som inletts enligt artikel 82 EG och artikel 54 i EES-avtalet. Eftersom kommissionen själv medgav att det mot bakgrund av omständigheterna i förevarande fall var motiverat att höra sökanden angående de yttranden som inkom från berörda tredje parter, var det inte motiverat att inte låta Alrosa yttra sig angående den nya bedömningen.

166 Kommissionen anser att denna grund inte kan godtas.

167 Kommissionen har för det första påpekat att det är nödvändigt att särskilja sökandens ställning i det förfarande som inleddes enligt artikel 81 EG och artikel 53 i EES-avtalet från dess ställning i det förfarande som inleddes enligt artikel 82 EG och artikel 54 i EES-avtalet. Det första av dessa förfaranden inleddes mot De Beers och Alrosa, vilka var mottagare av meddelandet om invändningar, vilka erbjöd kommissionen gemensamma åtaganden och vilka gavs tillfälle att yttra sig, i synnerhet angående de yttranden som ingetts av berörda tredje parter rörande dessa bolag. Det förfarandet blev emellertid irrelevant till följd av de enskilda åtaganden som De Beers därefter erbjöd och det avslutades utan att något beslut antogs. Det andra förfarandet inleddes mot De Beers men inte mot sökanden och ledde till antagandet av beslutet.

168 Kommissionen har vidare gjort gällande att den rättsliga situationen för en part som är berörd av ett förfarande om tillämpning av konkurrensreglerna, det vill säga den person mot vilken förfarandet har inletts och vilken kan komma att åläggas sanktionsåtgärder, måste särskiljas från parter som berörs av förfarandet i den mening att de har ett intresse i utgången av förfarandet men mot vilka förfarandet inte har inletts och vilka inte kan komma att åläggas sanktionsåtgärder. Räckvidden av rätten att yttra sig, såsom den följer av allmänna rättsprinciper och bestämmelser i sekundärrätten, är inte densamma för dessa båda kategorier.

169 Slutligen har kommissionen gjort gällande att parter som på ett eller annat sätt är berörda av ett förfarande enligt konkurrensreglerna befinner sig i en speciell rättslig situation när kommissionen har för avsikt att tillämpa artikel 9 i förordning nr 1/2003. Enligt den bestämmelsen, som antogs för att göra det möjligt för kommissionen att snabbt och effektivt avsluta ett förfarande när den erbjuds åtaganden som undanröjer dess betänkligheter, är kommissionen nämligen inte skyldig att höra parterna på samma sätt som när den inte erhållit några åtaganden. I synnerhet ankommer det inte inledningsvis på kommissionen att rikta ett meddelande om invändningar till de berörda parterna, utan att informera de berörda företagen om de betänkligheter som

den har genom att delge dem en preliminär bedömning. När dessa företag erbjuder kommissionen åtaganden som skulle kunna undanröja dess betänkligheter och kommissionen har för avsikt att göra dem bindande, måste den bereda de berörda tredje parterna tillfälle att inkomma med yttrande härom genom att offentliggöra ett sammanfattande meddelande i *Europeiska unionens officiella tidning*.

170 Detta offentliggörande saknar inverkan på kommissionens bedömning och medför inte att kommissionen är skyldig att tillämpa artikel 9 i förordning nr 1/2003. Kommissionen får således fortsätta sin granskning av de åtaganden som de berörda företagen erbjudit och kan, mot bakgrund av denna granskning och på grundval av yttranden som inkommit från berörda tredje parter samt omständigheterna i det föreliggande fallet, besluta att göra dessa åtaganden bindande eller fastställa att åtagandena inte på ett ändamålsenligt sätt undanröjer dess betänkligheter och att den därvid skall granska de nya åtaganden som de berörda företagen erbjuder. Kommissionen kan också besluta att tillämpa förfarandet enligt artikel 7 i förordning nr 1/2003 och har således ingen skyldighet att anta ett beslut enligt artikel 9 i förordning nr 1/2003.

171 Eftersom sökanden i förevarande fall inte är en part som berörs av det förfarande som ledde till att kommissionen antog beslutet, fanns det ingen grund för bolaget att åberopa de rättigheter som de berörda parterna åtnjuter enligt artikel 27 förordning nr 1/2003 samt enligt artiklarna 10–12 i förordning nr 773/2004.

172 Inte desto mindre hade sökanden faktiskt en rätt att yttra sig, vilken det fanns rättslig grund för att åberopa inom ramen för detta förfarande. Räckvidden av denna rättighet bestäms av den särskilda ställning som sökanden hade i förevarande fall. Denna ställning är huvudsakligen en följd av att kommissionen inlett två parallella förfaranden angående avtal och missbruk av dominerande ställning enligt bestämmelserna i förordning nr 17 och sedan i förordning nr 1/2003. Denna särskilda ställning kan också förklaras av att sökanden och De Beers ingett flera på varandra följande gemensamma åtaganden och av att De Beers sedan ingav enskilda åtaganden mot bakgrund av marknadsundersökningen.

173 Kommissionen anser således att sökanden informerades om de betänkligheter som kommissionen framförde i sin preliminära bedömning av det anmälda avtalet enligt artikel 82 EG och artikel 54 i EES-avtalet, för det första, genom det sammanfattande meddelandet, för det andra, genom de yttranden som berörda tredje parter ingett i detta hänseende, och, för det tredje, genom De Beers enskilda åtaganden. Dessutom hade Alrosa möjlighet att tillkännage sin ståndpunkt beträffande de yttranden som inkommit från tredje parter och de enskilda åtaganden som erbjudits av De Beers, och Alrosa framförde också sin ståndpunkt i detta avseende.

174 Det är för övrigt felaktigt att påstå att kommissionen anförde nya betänkligheter efter det att det sammanfattande meddelandet hade offentliggjorts och yttranden inkommit från berörda tredje parter. Kommissionen bedömde nämligen endast om Alrosas och De Beers gemensamma åtaganden var ägnade att undanröja dess betänkligheter angående handelsavtalet eller inte. De yttranden som inkom från berörda tredje parter i detta hänseende innehöll inte några nya frågeställningar utan bekräftade att de gemensamma åtagandena inte var tillräckligt långtgående.

Förstainstansrättens bedömning

175 I förordning nr 1/2003 görs åtskillnad mellan följande olika kategorier av deltagare i förfaranden vid kommissionen: "Berörda" företag (artikel 7), "klagande" (artiklarna 7 och 27), de "berörda" företagen eller parterna (artiklarna 9, 17, 18, 21.1, 27.2), "de företag som omfattas av förfarandet" (artikel 27.1) och "berörda tredje män" (artikel 27.4).

176 Det står omedelbart klart att sökanden inte är en "klagande". Av skäl som angetts ovan är endast De Beers ett "berört" företag och det "företag som omfattas av det förfarande" som kommissionen inlett i enlighet med artikel 82 EG.

- 177 Sökanden är emellertid inte heller bara en "berörd tredje man" i den mening som avses i artikel 27.4 i förordning nr 1/2003. Alrosa är De Beers avtalspart inom ramen för långvariga bilaterala handelsförbindelser vilka bragdes att upphöra genom beslutet. Sökanden var även inblandad i båda de förfaranden som inleddes av kommissionen till följd av anmälan av dess avtal med De Beers.
- 178 Det sätt på vilket kommissionen handlade de två förfarandena rörande avtalet mellan De Beers och Alrosa stöder denna slutsats.
- 179 Med anledning av att avtalet anmäldes den 14 januari 2003 inledde kommissionen två förfaranden, det ena på grundval av artikel 81 EG och det andra på grundval av artikel 82 EG. I enlighet med vad kommissionen uppgav vid förhandlingen, registrerades de två förfarandena under samma ärendenummer (38.381).
- 180 Kommissionen skickade ett meddelande om invändningar till sökanden grundat på artikel 81 EG och meddelanden om invändningar avseende båda förfarandena till De Beers. Båda meddelandena hänförde sig till det avtal som De Beers och Alrosa hade för avsikt att ingå, mot bakgrund av de förbindelser som förelåg mellan parterna vid denna tidpunkt.
- 181 Efter meddelandet om invändningar inledde sökanden och kommissionen diskussioner, till vilka De Beers sedan anslöt sig, med avsikt att nå en förhandlad lösning av ärendet. Den 31 mars 2003 skickade sökanden och De Beers gemensamma skriftliga yttranden till kommissionen, som svar på det meddelande om invändningar som utfärdats enligt artikel 81 EG. Dessa yttranden berörde även frågan huruvida avtalet stred mot artikel 82 EG, trots att sökanden inte erhållit någon kopia av det meddelande om invändningar som skickats till De Beers enligt denna artikel.

- 182 Vidare lämnade sökanden och De Beers muntliga yttranden till kommissionen den 7 juli 2003. Den 14 december 2004 inkom sökanden och De Beers med gemensamma åtaganden som var avsedda att undanröja de betänkligheter som kommissionen delgett dem.
- 183 Inte heller i meddelandet av den 3 juni 2005 i ärende COMP/E-2/38.381 — De Beers — Alrosa, i vilket kommissionen hänvisade till de gemensamma åtaganden som erbjudits av sökanden och De Beers och anmodade berörda tredje parter att inkomma med yttranden, görs någon åtskillnad mellan de två förfarandena.
- 184 Till detta skall anföras att sökanden och De Beers deltog i ett gemensamt möte med kommissionen den 27 oktober 2005, vid vilket kommissionen underrättade dem om de yttranden som inkommit från 21 berörda tredje parter till följd av meddelandet av den 3 juni 2005.
- 185 Slutligen underrättade kommissionen sökanden, i en skrivelse av den 22 februari 2006, om att det förfarande som detta bolag deltog i hade avslutats till följd av ensidiga åtaganden som De Beers erbjudit inom ramen för förfarandet enligt artikel 82 EG.
- 186 Det sammanfattande meddelandet visar att de förfaranden som kommissionen inlett enligt artiklarna 81 EG och 82 EG hela tiden de facto behandlades som ett enda förfarande, vilket inte endast gällde för kommissionen utan även för sökanden och De Beers.
- 187 Mot bakgrund av omständigheterna i förevarande fall borde det nära samband som förelåg mellan de två förfaranden som inlemts av kommissionen och det förhållande att beslutet uttryckligen hänvisade till Alrosa ha medfört att sökanden, i förhållande till förfarandet som helhet, beviljades de rättigheter som gäller för ett "berört företag" i den mening som avses i förordning nr 1/2003, trots att sökanden i strikt mening inte utgjorde ett sådant företag i förfarandet enligt artikel 82 EG.

188 I skäl 37 i förordning nr 1/2003 anges att i denna förordning "respekteras de grundläggande rättigheterna och iakttas de principer som erkänns i synnerhet i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna" och att förordningen skall "tolkas och tillämpas med avseende på dessa rättigheter och principer". I artikel 41.2 i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna föreskrivs att var och en har rätt att höras "innan en enskild åtgärd som skulle beröra honom eller henne negativt vidtas mot honom eller henne".

189 På samma sätt anges i artikel 27.2 i förordning nr 1/2003 att "[b]erörda parter rätt till försvar skall iakttas fullt ut under förfarandet" och att berörda parter "skall ha rätt att få tillgång till kommissionens handlingar i ärendet".

190 Slutligen i skäl 10 i förordning nr 773/2004 om kommissionens förfaranden enligt artiklarna 81 EG och 82 EG anges följande: "För att respektera företagens rätt till försvar bör kommissionen ge de berörda parterna rätt att höras innan den fattar ett beslut."

191 Det skall erinras om att i alla förfaranden som inleds mot en person och som kan leda till en rättsakt som går denna person emot utgör iakttagandet av rätten att yttra sig en grundläggande gemenskapsrättslig princip som skall säkerställas även i avsaknad av reglering av förfarandet i fråga (domstolens dom av den 24 oktober 1996 i mål C-32/95 P, kommissionen mot Lisrestal m.fl., REG 1996, s. I-5373, punkt 21).

192 Förstainstansrätten konstaterar att den 3 juni 2005, det vill säga det datum som meddelandet med anmodan att inkomma med yttranden angående De Beers och sökandens gemensamma åtaganden publicerades, hade kommissionen för avsikt att göra dessa åtaganden bindande, dock med beaktande av innehållet i yttrandena från tredje part. Kommissionen ansåg således vid en första anblick att dessa åtaganden undanröjde de betänkligheter som den framfört i sin preliminära bedömning.

193 Efter att ha erhållit yttranden från tredje parter ansåg emellertid kommissionen att de gemensamma åtagandena inte undanröjde dess ursprungliga betänkligheter och att den enda tänkbara lösningen var att få alla förbindelser mellan Alrosa och De Beers att upphöra från år 2009. Kommissionen angav inte desto mindre i skäl 41 i beslutet att "en stor majoritet av yttrandena bekräftade kommissionens betänkligheter i konkurrenshänseende [som] uttryckts i den preliminära bedömningen, och påpekade att kommissionens betänkligheter i konkurrenshänseende inte i tillräcklig mån skulle kunna undanröjas genom de föreslagna åtagandena", samt att dessa yttranden från tredje part "inte innehöll några nya relevanta betänkligheter". Detta innebär att kommissionen inte godtog några nya invändningar från dessa tredje parter.

194 Förstainstansrätten har emellertid inte övertygats av kommissionens påstående att yttrandena från tredje parter inte innebar något annat än en bekräftelse på dess ursprungliga betänkligheter. Om yttrandena från tredje parter inte bidrog med några nya uppgifter i förhållande till kommissionens preliminära bedömning, borde den under dessa omständigheter ha gjort de gemensamma åtagandena bindande. Om tredje parter däremot ansåg att de gemensamma åtagandena var otillräckliga, och om deras yttranden ledde kommissionen till slutsatsen att enbart ett slutgiltigt upphörande av parternas förbindelser med verkan från år 2009 skulle göra det möjligt att undanröja dess ursprungliga betänkligheter, var kommissionen skyldig att höra parterna beträffande dessa yttranden och de faktiska omständigheter som låg till grund för dess nya slutsats. Förstainstansrätten anser att kommissionen inte kunde frånga den bedömning som gjordes beträffande de gemensamma åtagandena, med mindre att det faktiska omständigheterna hade ändrats eller bedömningen hade gjorts på grundval av felaktiga uppgifter.

195 Efter att ha erhållit yttranden från tredje parter kunde kommissionen visserligen med fog anse att de åtaganden som parterna erbjudit inte undanröjde de betänkligheter som framförts i dess preliminära bedömning, eftersom syftet bakom möjligheten i artikel 27.4 i förordning nr 1/2003 att låta tredje parter yttra sig just är att möjliggöra för kommissionen att fatta ett beslut som undanröjer de konkurrensproblemen som angetts i dess preliminära bedömning.

196 För att rätten att yttra sig skall kunna iakttas i ett fall som det förevarande är det emellertid nödvändigt, för det första, att de företag som har föreslagit åtaganden underläggs om de väsentliga faktiska omständigheter som lagts till grund för kommissionens bedömning att det krävs ytterligare åtaganden och, för det andra, att dessa företag ges möjlighet att ange sin ståndpunkt i detta hänseende. I förevarande fall erhöll sökanden endast en sammanfattning av den slutsats som kommissionen dragit av de yttranden som inkommit från tredje parter. Vid mötet den 27 oktober 2005 informerade kommissionen sökanden endast om det förhållandet att yttrandena från tredje parter främst berört risken för en avskärmning av marknaden och risken för en kartell mellan De Beers och Alrosa, samt att den kommissionsledamot som är ansvarig för konkurrensfrågor hade instruerat den grupp som var ansvarig för ärendet att under dessa omständigheter inte godta de gemensamma åtagandena. Vid samma tillfälle erhöll sökanden en sammanfattning av yttrandena från tredje part. Vidare underrättades sökanden om vilken typ av åtaganden som kommissionen förväntade sig från parterna mot bakgrund av det negativa utfallet av yttrandena från tredje part, nämligen ett upphörande av alla förbindelser med verkan år 2009 och ingivandet av ett nytt förslag till åtaganden grundat på denna förutsättning före utgången av november 2005.

197 De berörda företagen har även en rätt enligt artikel 27.2 i förordning nr 1/2003 att få tillgång till kommissionens handlingar i ärendet. Enligt fast rättspraxis hör denna rätt till de processrättsliga skyddsregler som syftar till att skydda rätten till försvar och att särskilt säkerställa det faktiska utövandet av rätten att yttra sig (förstainstansrättens dom av den 30 september 2003 i de förenade målen T-191/98 och T-212/98—T-214/98, *Atlantic Container Line m.fl. mot kommissionen*, REG 2003, s. II-3275, punkt 334, och av den 25 oktober 2005 i mål T-38/02, *Groupe Danone mot kommissionen*, REG 2005, s. II-4407). I enlighet med artikel 15.1 i förordning nr 773/2004 förutsätter utövandet av denna rätt att en sådan begäran har framställts till kommissionen.

- 198 I detta hänseende konstaterar förstainstansrätten för det första att det är ostridigt att sökanden begärde en icke-konfidentiell version av yttrandena från tredje parter. Enligt sökanden framställdes denna begäran muntligen vid mötet den 27 oktober 2005 och upprepades i en skrivelse av den 6 december 2005, medan kommissionen anser att det inte var förrän den 6 december 2005 som sökanden begärde en icke-konfidentiell version av yttrandena från tredje parter, det vill säga efter utgången av fristen för att inkomma med nya yttranden.
- 199 Det framgår av handlingarna i målet att kommissionen, efter en fråga från sökandens advokater, vid mötet den 27 oktober 2005 uppgav att den inom ramen för ett förfarande enligt artikel 9.1 i förordning nr 1/2003 inte hade någon skyldighet att lämna ut en sådan version. Det förhållandet att möjligheten att få tillgång till dessa handlingar diskuterades mellan parterna vid detta möte har för övrigt inte bestritts av kommissionen.
- 200 Förstainstansrätten framhåller att De Beers ingav sina enskilda åtaganden, vilka gjordes bindande genom beslutet, den 25 januari 2006, det vill säga efter fristen, den 31 november 2005, för att inkomma med nya åtaganden som kommissionen uppställde vid mötet den 27 oktober 2005. Mot denna bakgrund kan det inte med fog göras gällande att Alrosa och De Beers inte kunde inge nya förslag till gemensamma åtaganden efter den 31 november 2005 eller att en begäran om tillgång till yttrandena från tredje parter efter det datumet saknade all praktisk relevans för sökanden.
- 201 Efter att sökanden ingett sin formella skriftliga begäran den 6 december 2005, lämnade kommissionen inte ut den icke-konfidentiella versionen av yttrandena från tredje parter förrän den 26 januari 2006, det vill säga mer än sex veckor efter sökandens formella begäran och mer än tre månader efter mötet den 27 oktober 2005, vid vilket tillgången till icke-konfidentiella versioner av yttrandena från tredje parter hade diskuterats mellan parterna. Förstainstansrätten konstaterar också att dessa handlingar lämnades ut till sökanden vid samma tillfälle som utdraget från De Beers enskilda åtaganden, vilket således gjorde det omöjligt för sökanden att avge ett ändamålsenligt svar och föreslå nya gemensamma åtaganden tillsammans med De Beers.

- 202 Yttrandena från tredje parter hade en särskild betydelse i förfarandet, eftersom kommissionen beaktade dem för att komma till slutsatsen att marknadsundersökningen var negativ och att endast ett upphörande av alla affärsförbindelser med verkan från år 2009 utgjorde en godtagbar lösning. Enligt skäl 42 i beslutet ledde nämligen ”dessa yttranden tillsammans med kommissionens egen bedömning kommissionen till att föreslå parterna ändringar till de föreslagna åtagandena”.
- 203 Härav följer att sökanden under de omständigheter som gäller i förevarande fall hade en rätt att yttra sig angående De Beers enskilda åtaganden, vilka kommissionen avsåg att göra bindande i det förfarande som inlett enligt artikel 82 EG, och att sökanden inte gavs tillfälle att till fullo utöva denna rättighet även om det i förevarande fall inte klart kan fastställas i vilken utsträckning denna felaktighet kan ha påverkat kommissionens beslut.
- 204 Talan skall således bifallas även på sökandens första grund, vilken prövats i fullständighetens intresse.
- 205 Av ovanstående följer att beslutet skall ogiltigförklaras.

Rättegångskostnaderna

- 206 Enligt artikel 87.2 i förstainstansrättens rättegångsregler skall tappande part förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna, om detta har yrkats. Sökanden har yrkat att kommissionen skall förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna. Eftersom kommissionen har tappat målet, skall sökandens yrkande bifallas.

Mot denna bakgrund beslutar

FÖRSTAINSTANSRÄTTEN (fjärde avdelningen i utökad sammansättning)

följande:

- 1) **Kommissionens beslut 2006/560/EG av den 22 februari 2006 om ett förfarande i enlighet med artikel 82 EG och artikel 54 i EES-avtalet (ärende COMP/B-2/38.381 — De Beers) ogiltigförklaras.**
- 2) **Kommissionen skall bära sin rättegångskostnad samt Alrosa Company Ltd:s rättegångskostnad.**

Legal

Wiszniewska-Białecka

Vadapalas

Moavero

Milanesi Wahl

Avkunnad vid offentligt sammanträde i Luxemburg den 11 juli 2007.

E. Coulon

H. Legal

Justitiesekreterare

Ordförande